Die Untreue des mittelbaren Stellvertreters und Treuhänders

von

Dr. Arno Pretzsch

Gerichtsassessor

Promotion: am 28. 7. 1933

Berlin 1932

133

Die Untreue des mittelbaren Stellvertreters und Treuhänders

Inauguraldissertation

Zur Erlangung der Würde eines Dr. juris utriusque
der
hohen Juristischen Fakultät der Friedrich-Wilhelms-Universität
zu Berlin

Vorgelegt von
Arno Pretzsch
Gerichtsassessor in Berlin

Berlin, im November 1932

Referent:
Prof. Dr. J. Goldschmidt
Korreferent:
Prof. Dr. E. Kohlrausch

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Druck:
H. Jamrowski & Co.
Berlin-Charlottenburg

Meinen lieben Eltern!

Verzeichnis des benutzten Schrifttums

Ammon, Die Untreue (§ 266 StGB.). Tübinger Dissertation 1894.

Aschrott-Kohlrausch, Reform des Strafrechts. Kritische Besprechung des amtlichen Entwurfs eines Allg. Strafgesetzbuches. Berlin und Leipzig 1926.

Aschrott-Liszt, Die Reform des Reichsstrafgesetzbuches. Kritische Besprechung des Vorentwurfes. Berlin 1910. 2. Band, Besond. Teil.

Bernstein, Das Börsengesetz. Leipzig 1910.

Biermann, Das Bürgerliche Gesetzbuch, 3. Buch, Sachenrecht. 3. Auflage. Berlin 1914.

Binding, Handbuch des Strafrechts. Leipzig 1885. In „Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft".

Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil. 1. Band. Leipzig 1902.

Cartier, Der objektive Tatbestand der Untreue. Bern 1902.

Depotgesetz, Begründung eines Entwurfes zum ... Drucksachen des Reichstages, 9. Legislaturperiode, IV. Session, 1895—1897, Nr. 14.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des deutschen Reiches und Preußens. 3. Aufl., Band I. Halle 1906.

Draheim, Untreue und Unterschlagung. In Heft 39 der „Strafrechtlichen Abhandlungen". Breslau 1901.

Ebener, Die Untreue und ihr Verhältnis zur Unterschlagung. Leipziger Dissertation 1932.

Ehrlich, Die neuere Rechtsprechung zur Untreue des Bevollmächtigten. In ZStW. 1932, S. 179 ff.

Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band II, 2. Abt. (Sachenrecht). 7. Bearbeitung 1927.

Feisenberger, Gesetze betr. Geld-, Bank- und Börsenwesen. Berlin 1927.

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Tübingen, 5.—7. Aufl. (1907), 8.—10. Aufl. (1911), 15. Aufl. (1924), 18. Aufl. (1929).

Freudenthal, Die Untreue. Berlin 1906. In „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts". Besond. Teil, Band 8.

Friedmann, Empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung des Treuhänderverhältnisses? Gutachten im 1. Band, 3. Lieferung der „Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages". Berlin und Leipzig 1930.

Gierke, Julius von, Bürgerliches Recht, Sachenrecht. 2. Aufl. Berlin 1928. In „Encyclopädie der Rechts- und Staatswissenschaften", Band IX.

Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht, Band II, Leipzig 1905, Band III, München und Leipzig 1917. In „Bindings Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft".

Gleispach, Die Veruntreuung an vertretbaren Sachen, 1. Teil. Berlin 1905.
Goltdammer, Materialien zum Preuß. Strafgesetzbuch, Band II, 1852.
Guethe-Triebel, Grundbuchordnung für das Deutsche Reich. 5. Aufl., Berlin 1929.
Harburger, Diebstahl und Unterschlagung. Berlin und Leipzig 1926. In „Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts", Band 6, besond. Teil. Berlin 1907.
Herrmann, Die Untreue des § 266 StGB. und die verwandten Tatbestände in den Nebengesetzen sowie die Behandlung in den deutschen Entwürfen. Berlin 1926. Kölner Dissertation.
Hippel, Deutsches Strafrecht, 2. Band. Berlin 1930.
Hirschfeld, Veruntreuung und Untreue. Jena 1927. Dissertation von 1928.
Holtzendorffs Handbuch des deutschen Strafrechts.
Koffka, Betrug und Untreue. In „Aschrott-Liszt" (s. o.).
König, Die Untreue im geltenden deutschen Strafrecht (§ 266 StGB.) und in den Entwürfen. Marburg 1928. Dissertation.
Krause, Die Untreue unter besonderer Berücksichtigung der deutschen und schweizerischen Entwürfe. Breslau 1925. Dissertation von 1926.
Langen, Eigentumserwerb und -verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg 1900.
Leipziger Kommentar (LeipzKomm.). Das Reichsstrafgesetzbuch, erläutert von Ebermayer, Lobe, Rosenberg, 4. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Leopold, Zum Tatbestand der strafbaren Untreue. Breslauer Dissertation 1908. Auch als Heft 94 der Strafrechtlichen Abhandlungen erschienen.
Mayer, Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen. München, Berlin und Leipzig 1926.
Merkel im Handbuch des Deutschen Strafrechts, herausgegeben von Fr. von Holtzendorff, III. Band. Berlin 1874.
Meyer-Allfeld, Lehrbuch des Strafrechts, 7. Aufl. Leipzig 1912.
Mittermaier, Diebstahl und Unterschlagung. In „Aschrott-Liszt" (siehe oben).
Mosse-Heymann, Handelsgesetzbuch, 17. Aufl. Berlin u. Leipzig 1926.
Müller-Erzbach, Die Grundsätze der mittelbaren Stellvertretung aus der Interessenlage entwickelt. Berlin 1905.
Nußbaum, Kommentar zum Börsengesetz, München 1910.
Oetker in „Der Gerichtssaal", 94. Band, 1927, S. 277 ff.
Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch, Band 2, 10. Aufl. Berlin 1916.
Oppenheim, Die Objekte des Verbrechens. Basel 1894.
Petri, Zur Frage der Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut. In ArchzivPrax., Band 111, S. 359 ff.
Planck-Strohal, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band, 4. Aufl., Berlin 1913, III. Band, 4. Aufl., Berlin und Leipzig 1920.
Pfeiffer, Die Untreue im zukünftigen Reichsstrafgesetzbuch. Breslau 1932. In „Strafrechtliche Abhandlungen" Heft 302.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfes des Bürgerlichen Gesetzbuches, Band II. Berlin 1898.
Regelsberger, Über Besitzerwerb durch Mittelpersonen. In JherJ. Band 44 S. 393 ff.
Rehm, Kommentar zum Börsengesetz. Berlin 1909.
Rießer-Bernstein, Das Bankdepotgesetz. Berlin 1928.
Rümelin, Das Handeln im fremden Namen im Bürgerlichen Gesetzbuch. In ArchzivPrax. Band 93, S. 131 ff.
Schmidt-Rimpler, Das Kommissionsgeschäft. Berlin 1928. In EhrenbergHdb. Band 5, I. Abt., 1. Hälfte, 2. Lief., S. 477 ff.
Schultze, Treuhänder im geltenden bürgerlichen Rechte. In JherJ. Band 43 S. 1 ff.
Staubs Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Bearb. von Koenige, Pinner, Bondi. 12. und 13. Aufl., Band 4. Berlin und Leipzig 1927.
Staubs Kommentar zur Wechselordnung, bearb. von Stranz-Stranz, 12. Aufl. Berlin und Leipzig 1929.
Stengleins Kommentar zu den strafrechtlichen Nebengesetzen, herausgegeben von Ebermayer, Conrad, Feisenberger, Schneidewin, 5. Aufl., Band II, 1. Lief. Berlin 1927.
Thies, Die Bevollmächtigtenuntreue des § 266 Abs. 1 Ziff. 2 StGB. In „Strafrechtliche Abhandlungen" Heft 307.
Thode, Die sogenannte Unterschlagung vertretbarer Sachen. Breslau 1926. In den „Strafrechtlichen Abhandlungen" Heft 210.
Weinmann, Die Kunst der Rechtsfindung. Berlin 1930.

Zeitschriften und Sammlungen

ArchZivPrax.: Archiv für die zivilistische Praxis.
BankA.: Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen.
DJZ.: Deutsche Juristenzeitung.
EhrenbergHdb.: Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Ehrenberg.
GoltA.: Goltdammers Archiv für Strafrecht und Strafprozeß.
JW.: Juristische Wochenschrift.
JherJ.: Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts.
LZ.: Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungswesen.
OLG.: Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts.
Oppenhoff: Die Rechtsprechung des Obertribunals in Strafsachen, herausgegeben von Oppenhoff.
Recht: Das Recht, Rundschau für den deutschen Juristenstand.
RGSt.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen.
RGZ.: Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen.
RSpr.: Die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts in Strafsachen, herausgegeben von den Mitgliedern der Reichsanwaltschaft. München und Leipzig.
WarnRspr.: Warneyer, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts.
ZStW.: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft.

Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch

Motive, Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund (3. Entwurf) nebst ....n. In den „Stenographischen Berichten über die Verhandlungen des Reichstages des Norddeutschen Bundes", I. Legislaturperiode, Session 1870, 3. Band. Berlin 1870.

VE.: Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Begründung, besonderer Teil. Berlin 1909.

GE.: Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung, aufgestellt von Kahl, Lilienthal, Liszt, Goldschmidt. Berlin 1911.

KE.: Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums. Berlin 1921. I. Teil: Entwurf der Strafrechtskommission (1913). II. Teil: Entwurf von 1919. III. Teil: Denkschrift zu dem Entwurf von 1919.

RRV.: Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. Berlin 1925 (Reichsratsvorlage).

RTV.: Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches nebst Begründung. In den „Verhandlungen des Reichstages, III. Wahlperiode 1924", Band 415, Nr. 3390. Berlin 1927 (Reichstagsvorlage).

Schäfer, Deutsche Strafgesetzentwürfe von 1909 bis 1927. Mannheim *1927*.

Inhaltsverzeichnis

A. *Einleitung:* Problemstellung und Aufbau der Arbeit . 11

B. *Hauptteil:* Ist nach geltendem Rechte eine Bestrafung wegen Untreue in den Fällen möglich, in denen über Vermögensstücke verfügt wird, die infolge eines Vertretungsverhältnisses in das Eigentum des Täters übergegangen sind? 12

I. Gesetzlich geregelte Sonderfälle, insbesondere § 9 DepotG. und § 95 BörsG. 12

II. Wer kann Täter im Sinne des § 266 Ziffer 2 StGB. sein? 18

a) Fällt der mittelbare Stellvertreter, insbesondere der Kommissionär, unter den Begriff des Bevollmächtigten im Sinne des § 266 StGB.? . . 18

b) Werden die Treuhandverhältnisse von § 266 Ziffer 2 StGB. ergriffen? 20

III. Nach welchem Rechte ist das Eigentum und das Gläubigerrecht zu bestimmen? 25

a) Geschichtliche Entwicklung des Untreuetatbestandes 25

b) Ist zur Bestimmung der Eigentums- oder Gläubigerverhältnisse das zur Zeit und am Ort der Tat geltende Zivilrecht maßgebend, oder sind die Verhältnisse nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (Theorie vom „strafrechtlichen Eigentum")? 29

IV. Die Vermögensstücke, über welche der mittelbare Stellvertreter zu verfügen in der Lage ist, und die Eigentums- und Gläubigerverhältnisse daran . . 32

1. Die Rechte des Einkaufskommissionärs

a) an den ihm zum Zwecke des Einkaufs von Waren oder Wertpapieren vom Kommittenten übergebenen Mitteln (Bargeld, Akzepte, überwiesene Bankguthaben) 32

b) Die Rechtsverhältnisse an der Forderung gegen den Dritten auf Lieferung der Waren oder Wertpapiere 34
c) Die Rechte des Einkaufskommissionärs an den auf Grund des Kaufvertrages von dem Dritten gelieferten Waren oder Wertpapieren 36
2. Die Eigentums- und Gläubigerverhältnisse bei der Verkaufskommission 39
3. Die dingliche Rechtslage bei den Treuhandverhältnissen 40
4. Die Wesensverwandtschaft zwischen der mittelbaren Stellvertretung und der Treuhand . . . 42
V. Die Gesichtspunkte, die für die Lösung des Problems in Betracht kommen 45
1. Die Bedeutung des Zeitpunktes, in dem die Benachteiligungsabsicht gefaßt wird 45
2. Läßt sich die Bestimmung des § 266 Ziffer 2 StGB. im Wege der Auslegung des Gesetzes auf die fraglichen Fälle ausdehnen? 48
3. Ist die Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten auf Herausgabe des Erlangten als geeignetes Handlungsobjekt im Sinne des § 266 Ziffer 2 StGB anzusehen? . . . 50
a) Das Wesen der Untreue, insbesondere der Bevollmächtigtenuntreue 50
b) Liegt in der Aneignung der nach Zivilrecht in das Eigentum des mittelbaren Stellvertreters oder Treuhänders übergegangenen Vermögensstücke eine nachteilige Verfügung über die Forderung des Vertretenen oder Treugebers auf Herausgabe dieser Vermögensstücke? 72
C. Die Behandlung des Problems in den Entwürfen zu einem deutschen Strafgesetzbuch 78
D. Vorschlag zur Neufassung des Untreuetatbestandes unter Berücksichtigung der Fälle der mittelbaren Stellvertretung und der Treuhand 86

Die Untreue des mittelbaren Stellvertreters und Treuhänders

A. Einleitung: Problemstellung und Aufbau der Arbeit

Nach der Bestimmung des § 266 Ziffer 2 des Reichsstrafgesetzbuches werden

> „Bevollmächtigte, die über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügen",

wegen Untreue bestraft. Der Gesetzgeber beschränkt also die nachteilige Vermögensverfügung sowohl nach der Richtung des Handlungs*subjektes* hin als auch nach der des Handlungs*objektes*. Täter kann nur ein „Bevollmächtigter" und Gegenstand des Vergehens nur eine Forderung oder ein anderes Vermögensstück „des Auftraggebers" sein.

Diese sogenannte *Bevollmächtigtenuntreue*, die gegenüber den in den Ziffern 1 und 3 des § 266 StGB. behandelten Untreuefällen in der Praxis die Hauptrolle spielt, hat in der Rechtsprechung und Rechtslehre bei der Anwendung auf eine bestimmte Gruppe von Fällen erhebliche Schwierigkeiten verursacht.

Es sind dies die Fälle, in denen nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts die Vermögensstücke, über die zum Nachteil des Auftraggebers verfügt wird, in das Eigentum des Bevollmächtigten übergegangen sind bzw. in denen das Gläubigerrecht an der Forderung dem Täter zusteht. In beiden Fällen handelt es sich also nicht um Forderungen oder andere Vermögensstücke des *Auftraggebers*.

Hierher gehören namentlich ungetreue Verfügungen von Treuhändern und verdeckten Stellvertretern. Als Vorbild der letzteren erscheint insbesondere der Kommissionär (§§ 383 ff. HGB.).

Die allgemeine Anschauung geht dahin, daß diese Fälle ebenso strafwürdig sind wie die vom Gesetz ausdrücklich geregelten. Die Bestrebungen, das Strafgesetzbuch auf diese Fälle anzuwenden, sind fast so alt wie das Gesetz selbst. Die Versuche, der rechtlichen Schwierigkeit Herr zu werden, sind verschiedener Art.

Teils wird ein vom zivilrechtlichen Eigentum abweichendes sogenanntes „strafrechtliches Eigentum" angenommen, wobei zwischen einem dem Täter bloß „formell" zustehenden und einem dem Betroffenen zustehenden „wirtschaftlichen" Eigentum unterschieden und somit der zivilrechtliche Eigentumsbegriff gespalten wird.

Teils wird — insbesondere vom Reichsgericht in älteren Entscheidungen — auf Grund tatsächlicher Feststellungen davon ausgegangen, daß der Bevollmächtigte gar nicht Eigentümer oder Gläubiger geworden ist, da der Wille, auf den Bevollmächtigten das Eigentums- bzw. Gläubigerrecht zu übertragen, entweder völlig *gefehlt* habe oder dadurch *bedingt* gewesen sei, daß das Vermögensstück im Sinne des Auftraggebers verwendet würde (RGSt. 32, 30; 33, 80; 34, 39).

Schließlich wird — insbesondere neuerdings vom Reichsgericht — der Anspruch des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten auf Herausgabe des Erlangten als ein „Vermögensstück des Auftraggebers" im Sinne des § 266 StGB. angesehen, an dem Untreue begangen werden kann (RGSt. 62, 58; 63, 406).

Im Schrifttum wird fast allgemein die Unanwendbarkeit des Gesetzes auf die genannten Fälle angenommen und die Beseitigung dieser Gesetzeslücke zum Teil durch Vorschläge zur Neufassung der Bestimmung herbeizuführen versucht (vgl. *Freudenthal,* a. a. O., S. 113, 144, 148; *Leopold,* a. a. O., S. 42 ff.; *Koffka,* a. a. O., S. 403; *Binding,* Lb. S. 402; *Draheim,* S. 34 ff.; *Ammon,* S. 78 [ohne Lösungsversuch]; *Hirschfeld,* S. 81; *König,* S. 45, 77; *Hermann,* S. 34, 43, 46; *Krause,* S. 13, und andere).

Mit der vorliegenden Untersuchung soll zu dem Problem in der Weise Stellung genommen werden, daß zunächst an Hand zweier vom Gesetzgeber in Sondergesetzen geregelten Fälle (§ 9 DepG., § 95 BörsG.) gesetzliche Anhaltspunkte für die Lösung gesucht werden sollen.

Sodann soll geprüft werden, ob auf Grund der zivilrechtlichen Verhältnisse, insbesondere der verschiedenen Theorien vom Eigentumserwerb bei mittelbarer Stellvertretung, ein Ausweg gefunden werden kann.

Weiterhin wird unter Zugrundelegung des Wesens der Bevollmächtigtenuntreue zu den in Rechtsprechung und Rechtslehre vertretenen Ansichten über die Anwendung des geltenden Gesetzes auf die Problemfälle Stellung genommen werden.

Schließlich sollen die sich mit der Lösung des Problems befassenden Entwürfe zu einem deutschen Strafgesetzbuch auf ihre Brauchbarkeit hin untersucht und eigene Vorschläge zur Neufassung des Straftatbestandes der Untreue unter Einbeziehung der fraglichen Fälle gemacht werden.

B. Hauptteil: Ist nach geltendem Rechte eine Bestrafung wegen Untreue in den Fällen möglich, in denen über Vermögensstücke verfügt wird, die infolge eines Vertretungsverhältnisses in das Eigentum des Täters übergegangen sind?

I. Gesetzlich geregelte Sonderfälle, insbesondere § 9 DepG. und § 95 BörsG.

Von den zahlreichen strafrechtlichen Nebengesetzen, die die Untreue behandeln, kommen hier vor allem zwei Gesetzesbestimmungen in Betracht, die sich mit unserer Frage insoweit beschäftigen, als darin Strafen für ungetreue Kommissionäre vorgesehen sind.

Es sind dies das Gesetz, betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere, vom 5. Juli 1896 (kurz „Depotgesetz" genannt) und das Börsengesetz vom 22. Juni 1896.

A. Gemäß § 9 Absatz I DepG. wird ein Kaufmann, welcher Wertpapiere der im § 1 DepG. bezeichneten Art als Kommissionär für den Kommittenten in Besitz genommen hat, bestraft, wenn er darüber außer dem Falle des § 246 StGB. zum eigenen Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten rechtswidrig verfügt.

Die Eigenart dieses Tatbestandes gegenüber dem der Bevollmächtigtenuntreue besteht also zunächst einmal darin, daß Handlungssubjekt nur ein Kommissionär, also ein Vollkaufmann sein kann (§ 383 in Verbindung mit § 1 Absatz I und II Ziffer 6 HBG., § 13 DepG.). Die Fälle der sonstigen mittelbaren Stellvertreter werden somit von dem Tatbestad nicht ergriffen. Ferner fällt darunter nicht die Verfügung des Kommissionärs über *Waren.*

Trotzdem sollen die Fälle hier näher untersucht werden, da die auftretenden Fragen die gleichen sind wie bei der Bevollmächtigtenuntreue, insbesondere die über die Eigentumsverhältnisse an dem Handlungsobjekt.

Die Frage, ob es sich um Wertpapiere handeln muß, die nicht im Eigentum des Kommissionärs stehen, sondern *fremde* sind — also dieselbe Frage wie bei der Bevollmächtigtenuntreue! —, ist bestritten. Der § 9 DepG. spricht nicht ausdrücklich von fremden Wertpapieren.

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu dieser Frage ist nicht einheitlich. In dem Urteil vom 11. Februar 1913 (RGSt. 47, 38 bes. 42) hat der 4. Senat dahin entschieden, daß die Wertpapiere fremde sein müssen. Es wird darin ausgeführt, daß das Depotgesetz schon nach seiner Überschrift die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung *fremder* Wertpapiere betrifft und daß die amtliche Begründung des Gesetzentwurfes (S. 63, 75, 83, 89) es als den Zweck des Gesetzes bezeichnet, einen wirksameren Schutz des Publikums gegen die Veruntreuung anvertrauter Wertpapiere durch Kaufleute zu schaffen, insbesondere aber als Zweck der strafrechtlichen Bestimmungen die Lücke des Strafgesetzbuches in betreff rechtswidriger Verfügungen eines Kaufmanns über *fremde,* in seine Verwahrung gelangte, Wertpapiere zu schaffen.

In einer eingehend begründeten Entscheidung vom 16. Juni 1927 (JW. 27, 2372) ist der 2. Senat des Reichsgerichts dieser Auffassung entgegengetreten. Die vereinigten Strafsenate (§ 136 GVG.) sind nicht angerufen worden, weil der 4. Senat nicht mehr Revisionssenat ist.

Der 2. Senat wendet sich zunächst dagegen, daß die Überschrift des Gesetzes zu seiner Auslegug herangezogen wird. Die Überschrift eines Gesetzes könne und solle nur dessen wesentlichen Inhalt kennzeichnen. Was die amtliche Begründung anlange, so sei an anderer Stelle (S. 66), und zwar gerade dem § 246 StGB. gegenüber darauf hingewiesen, daß er nicht ausreiche, weil er eine im Sinne des bürgerlichen Rechts *fremde* Sache voraussetze und nicht selten Zweifel darüber bestünden, ob in diesem Sinne die Wertpapiere als fremd anzusehen seien.

Bei der Auslegung des § 9 DepG. sei auf seinen Wortlaut und den Sinn und Zweck des Gesetzes Gewicht zu legen. In § 9 sei von „fremden" Wertpapieren nicht die Rede. Wenn das *Eigentum* des Kommittenten an den im Besitz des Kommissionärs befindlichen Wertpapieren hätte geschützt werden sollen, hätte es der auf den Kommissionär bezüglichen Bestimmungen kaum bedurft, denn im Falle einer Verpfändung, also bei fehlender Zueignungsabsicht, würde eine ungetreue Verfügung unter § 266 Ziffer 2 StGB. und bei eigennützigem Handeln des Kommissionärs zum Nachteil des Kommittenten unter § 95 des Börsengesetzes fallen.

Nach der Auffassung des 2. Senats soll es vielmehr für die Anwendbarkeit der auf den Kommissionär bezüglichen Strafbestimmungen des § 9 DepG. genügen, daß rechtswidrig über Wertpapiere verfügt wird, die der Kommissionär „für den Kommittenten in Besitz genommen hat". Schon dieser *Besitz* von Wertpapieren als Kommissionsgut und insofern „für" den Kommittenten sei aber für diesen rechtserheblich, selbst wenn der Kommittent dadurch, daß der Kommissionär die Papiere „für" ihn in Besitz nehme, weder ihr Eigentümer noch ihr Besitzer werde.

Der Grundgedanke des § 9 DepG. besteht nun nach der Ansicht des 2. Reichsgerichtssenates darin, daß der *schuldrechtliche Anspruch* des Kommittenten gegen den Kommissionär *auf Herausgabe* der in Ausführung des Auftrages „für" den Kommittenten, d. h. für dessen Rechnung, erworbenen Wertpapiere (§§ 667 BGB., 384 Absatz II HGB.) auch dann geschützt werden solle, wenn der Kommittent noch nicht Eigentümer der Papiere geworden sei, und zwar bereits von dem Zeitpunkt an, in dem der Kommissionär sie „für" den Kommittenten „in Besitz genommen" habe. Der Kommissionär sei von diesem Zeitpunkt an nicht mehr befugt, nach Belieben über die Papiere zu verfügen, seine Verfügungsmacht über sie als Kommissionsgut unterliege einer schulrechtlichen Gebundenheit zugunsten des Kommittenten. Gerade dieses Rechtsverhältnis des Kommittenten in bezug auf die für seine Rechnung erworbenen Papiere wolle § 9 DepG. schützen.

Zur Bestärkung seiner Meinung führt das Reichsgericht an, daß das Depotgesetz auch sonst darauf ausgehe, dem Kommittenten schon vor dem Eigentumserwerb Schutz gegen ungetreue Verfügungen über die für ihn angeschafften Papiere zu gewähren. Es weist in diesem Zusammenhang auf den § 8 Absatz I Satz 2 in Verbindung mit § 9 Abs. II DepG. hin. Nach diesen Vorschriften wird ein Kaufmann bestraft, wenn er es vorsätzlich zu eigenem Nutzen oder zum Nutzen eines Dritten bei Weitergabe des ihm erteilten Auftrages zur Anschaffung von Wertpapieren unterläßt, dem Dritten mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe. Der Zweck dieser Bestimmungen ist nach dem Reichsgericht der, daß der Auftraggeber schon in diesem Zeitpunkt — also noch bevor *sein* Kommissionär die Papiere „für" ihn in Besitz genommen hat — bezüglich ihrer der sich aus § 8 Absatz II DepG. ergebenden bevorzugten Rechtsstellung teilhaftig werde.

Schließlich zieht der 2. Senat noch die §§ 8, 11 DepG. heran, da in diesen Bestimmungen ausdrücklich „fremde" Wertpapiere erfordert werden. Man könne also, so meint er, nicht entgegenhalten, daß man vom Erfordernis „fremder" Wertpapiere in § 9 abgesehen habe, weil es als selbstverständlich unterstellt worden sei.

Zusammenfassend bemerkt das Reichsgericht, daß gerade mit Rücksicht auf die besonders bei der Einkaufskommission oft wenig durchsichtigen Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut der § 9 Absatz I DepG. eine wesentliche Erweiterung des bis dahin bestehenden strafrechtlichen Schutzes gegen mißbräuchliche Verfügungen des Kommissionärs habe herbeiführen wollen und deshalb nicht auf „fremde" Wertpapiere beschränkt habe.

Kurze Zeit nach diesem Urteil hat der 1. Senat des Reichsgerichts in einer Entscheidung vom 8. Juli 1927 (JW. 27, 3012) die *Eigentums-*

verhältnisse an veruntreuten Wertpapieren einer eingehenden Prüfung unterzogen. Er geht also wiederum von dem in RG. 47, 42 aufgestellten Erfordernis „fremder" Wertpapiere aus. Eine Anrufung der vereinigten Strafsenate ist hier nicht erfolgt, da dem 1. Senat das Urteil des 2. Senates offenbar noch nicht bekannt war.

Das Urteil des 2. Senates (JW. 27, 2372) ist mit Recht auf Widerspruch gestoßen. Zwar ist dem 2. Senat beizustimmen, daß die Begründung in RG. 47, 42 deswegen nicht stichhaltig ist, weil die Überschrift und die Materialien des Gesetzes für die Auslegung allein nicht maßgebend sein können. Die weiteren Ausführungen des Reichsgerichts gehen jedoch fehl.

Zunächst können keine Schlüsse daraus gezogen werden, daß das Erfordernis „fremder" Wertpapiere in § 9 nicht ausdrücklich wie in den §§ 8, 11 aufgestellt ist. Die Aufnahme dieses Tatbestandsmerkmales erübrigte sich. Nicht etwa, weil es als „selbstverständlich" zu unterstellen sei, sondern weil es notwendiger Bestandteil des § 246 StGB. ist, auf den der § 9 ausdrücklich Bezug nimmt. Die Ergänzung des § 246 durch § 9 DepG. bezieht sich nicht, wie *Alsberg* (LZ. 1914 S. 524) meint, darauf, daß § 9 kein Vergreifen an *fremdem* Eigentum verlangt, sondern darauf, daß *jede* rechtswidrige *Verfügung*, nicht bloß Zueignung, getroffen werden soll (RGSt. 34, 241; *Thode*, S. 37). Daß § 9 Eigentumsdelikt ist, geht aus seinem dritten Absatz hervor, in dem auf die besonderen Unterschlagungsbestimmungen des § 247 StGB. Bezug genommen wird.

Eine mittlere Meinung (*Feisenberger*, a. a. O. Anm. 5 zu § 9 DepG.; und bei Stenglein, ebenda; *Rießer-Bernstein*, a. a. O., S. 241; BankA. 26, 487) geht dahin, daß die Wertpapiere fremde sein müssen, daß aber der Eigentumsbegriff nicht in zivilrechtlichem Sinne, sondern wirtschaftlich aufzufassen sei. Dieser Ansicht kann deshalb nicht beigetreten werden, weil damit an Stelle des festbestimmten zivilrechtlichen Eigentumsbegriffes ein juristisch unbestimmter Begriff treten würde und der Natur des § 9 als Eigentumsdelikt Gewalt angetan würde. Es kann daher auch nicht der Ansicht von *Rießer-Bernstein* (a. a. O.) zugestimmt werden, daß der strafrechtliche Schutz dann eintreten soll, wenn der Kommittent durch Übersendung eines Stückeverzeichnisses oder durch Besitzkonstitut den *mittelbaren Besitz* an den Wertpapieren erlangt hat.

Was die Darlegungen des Reichsgerichts über die Entbehrlichkeit des § 9 DepG. für den Fall des Eigentumsschutzes anlangt, so ist dazu zu bemerken, daß der § 95 BörsG. sich mit § 9 DepG. keineswegs deckt. § 95 BörsG. behandelt den gänzlich anders gelagerten Fall, daß ein Kommissionär bei Ausführung eines Auftrages oder bei der Abwicklung eines Geschäfts absichtlich zum Nachteil des Kommittenten handelt. Andererseits decken sich auch § 9 DepG. und § 266 Ziffer 2 Absatz II StGB. nicht. Hier besteht hinsichtlich des inneren Tatbestandes der Unterschied, daß letztere Bestimmung nur ein absichtliches Verfügen „zum Nachteile des Auftraggebers" fordert, während § 9 ein gewinnsüchtiges Handeln verlangt und sich andererseits mit einem „rechtswidrigen" Verfügen begnügt (vgl. dazu BankA. 26, S. 487).

Es kann auch schließlich nicht der Ansicht des Reichsgerichts über den Grundgedanken des § 9 DepG. zugestimmt werden. Es ist keineswegs ersichtlich, weshalb gerade die Verletzung eines *schuld-*

rechtlichen Anspruchs mit Strafe bedroht werden soll. Wie bereits dargelegt, handelt es sich bei § 9 DepG. um ein sogenanntes Eigentumsdelikt. Das Eigentum genießt eine andere strafrechtliche Beachtung als der obligatorische Anspruch *(Hachenburg,* JW. 27, 2373), zumal im Depotgesetz selbst (§§ 3,7) genügend Maßnahmen getroffen sind, um den Eigentumsübergang der vom Kommissionär für den Kommittenten erworbenen Wertpapiere zu beschleunigen und so Klarheit in die Eigentumsverhältnisse zu bringen. Muß doch auch *Alsberg* (LZ. 1914, S. 524 ff.) zugeben, daß die Beantwortung der Frage, wann die Papiere als „für den Kommittenten in Besitz genommen" und damit der strafrechtliche Schutz beginnt, auf größte Schwierigkeiten stößt. Eine Abgrenzung lediglich nach diesem Gesichtspunkt ist deshalb unmöglich, weil nach der eigenen Ansicht von *Alsberg* (a. a. O.) „es nach unserem Effektenkommissionsrecht nicht einmal einfach ist, zu sagen, in welchen Fällen anzunehmen ist, daß der Kommissionär für den Kommittenten Effekten angeschafft habe". Hierzu tritt aber noch der Umstand, daß sich die Ausführung der Kommission im Wertpapierverkehr regelmäßig im Wege des Selbsteintritts des Kommissionärs vollzieht (§ 400 HGB.). Das Deckungsgeschäft des selbsteintretenden Kommissionärs geht jedoch — im Gegensatz zum Ausführungsgeschäft des gewöhnlichen Kommissionärs — *nicht* für Rechnung des Kommittenten, sondern für Rechnung des Kommissionärs, und letzterer erwirbt demgemäß auch den Besitz der angeschafften Papiere für *eigene* und nicht für fremde Rechnung (*Bernstein,* BankA. 26, S. 487; JW. 27, S. 3012; Rießer, S. 241). Auf diesen Fall bezieht sich jedoch die Entscheidung nicht. Das Reichsgericht (RGSt. 65. 90, 93) hat diesem Mangel dadurch abzuhelfen gesucht, daß es — unter Berufung auf die dem Kommissionär obliegende *Treupflicht* — auch im Falle des Selbsteintritts die Anwendbarkeit des § 9 DepG. bejaht hat, jedoch zugibt, daß die Feststellung des Willens, für den Kommittenten zu erwerben, in diesen Fällen sehr schwierig, ja zuweilen unmöglich sein kann.

Der Hinweis *Alsbergs* (JW. 27, S. 3013), daß auch im § 10 DepG. die Nichterfüllung *schuldrechtlicher* Verpflichtungen mit Strafe bedroht sei, ist deswegen verfehlt, weil es sich in diesem Falle um eine wesentlich konkursrechtliche Strafvorschrift handelt.

Es ist somit zusammenfassend festzustellen, daß aus § 9 DepG. keine Anhaltspunkte für die Lösung unseres Problems zu gewinnen sind, da auch hier — abgesehen von der Beschränkung der Vorschrift auf bestimmte Subjekte und Objekte — die gleichen Fragen wie bei der Bevollmächtigtenuntreue, nämlich Fremdheit des Handlungsobjektes und Auslegung des Eigentumsbegriffes, ungelöst geblieben bzw. mit den unzulänglichen Mitteln der Spaltung des zivilrechtlichen Eigentumsbegriffes und der Heranziehung des rein schuldrechtlichen Anspruches zu lösen versucht worden sind.

B. Die zweite sondergesetzliche Strafbestimmung über ungetreues Handeln eines Kommissionärs ist in § 95 des Börsengesetzes enthalten, dessen Ziffer 2 folgendermaßen lautet:

„Ein Kommissionär, welcher, um sich oder einem Dritten einen Vermögensvorteil zu verschaffen.... bei der Ausführung des Auftrages oder bei der Abwicklung eines Geschäfts absichtlich zum Nachteil des Kommittenten handelt, wird mit Gefängnis bestraft."

Diese sogenannte Kommissionsuntreue (*Rehm,* Komm. z. BörsG.,

Anm. 12 zu § 95) unterscheidet sich von der Bevollmächtigtenuntreue einmal dadurch, daß wiederum — wie bei § 9 DepG. — Täter nur ein Kommissionär und nicht jeder mittelbare Stellvertreter sein kann. Nicht erforderlich ist jedoch, daß das Kommissionsgeschäft an der Börse gehandelte Wertpapiere oder Waren zum Gegenstand hat. Mithin beschränkt sich der Begriff des Kommissionärs im Sinne des § 95 BörsG. nicht auf den Börsenkommissionär und er gehört eigentlich insofern nicht in das Börsengesetz (*Feisenberger*, a. a. O., Anm. 2 zu § 95 BörsG., und auch bei Stenglein, ebenda; *Nußbaum*, Komm. z. BörsG. 358; RGSt. 61, 341 insb. 345).

Zum andern wird in Abweichung von § 266 Ziffer 2 StGB. *jede* Benachteiligung bestraft, so daß insoweit der Tatbestand dem der Ziffer 1 des § 266 StGB. gleichgestellt wird. Trotzdem ist dieser Sonderfall an die Bevollmächtigtenuntreue anzugliedern, da es sich um ein „gewillkürtes" Subjekt (*Binding*, Lb. S. 399) handelt, d. h. um eine Person, deren Inanspruchnahme dem freien Ermessen unterliegt, während die Personen der Ziffer 1 und 3 bald unter Mitwirkung von Behörden bestellt werden, bald in beschränkter Anzahl den Privaten zur Verfügung stehen (im Ergebnis zustimmend: *Hermann*, S. 18, 35).

Schließlich stellt der Fall des § 95 BörsG. im Vergleich zu § 266 insofern eine Besonderheit dar, als er die in § 266 nur als strafschärfenden Fall in Absatz II vorgesehene Bereicherungsabsicht von vornherein fordert.

Was die Begehungsart der Kommissionsuntreue anlangt, so wird nur das nachteilige Handeln „bei Ausführung eines Auftrages oder bei Abwicklung eines Geschäfts" bestraft. Nach RGSt. 34, 378 setzt der Begriff der „ungetreuen Durchführung der empfangenen Kommission" voraus, daß der Kommissionär von dem Auftrage des Kommittenten abgeht oder doch gegen die mit diesen Aufträgen irgendwie zusammenhängenden Interessen des Kommittenten handelt. Das Wort „bei" bedeute nicht, daß es sich immer nur um eine *auftragsgemäße* Ausführung handeln müsse.

Das Reichsgericht vertritt hier denselben Standpunkt wie bei der Bevollmächtigtenuntreue. Auch hier besteht nämlich Streit darüber, ob der Bevollmächtigte die nachteilige Verfügung „im Rahmen seiner Vollmacht" vorgenommen haben muß. In RGSt. 28, 155 nahm das Reichsgericht dann keine Untreue an, wenn der Täter zu der vorgenommenen Verfügung vermöge der erteilten Vollmacht *nicht* berechtigt war.

Diese Ansicht wurde in RGSt. 32, 26 insofern aufgegeben, als das Reichsgericht von nun an genügen ließ, daß die benachteiligende Verfügung nicht „außerhalb jedes Zusammenhanges mit dem erteilten Auftrage steht". Es verlangt nur, daß die Verfügung als *Verletzung* der besonderen, dem Täter obliegenden *Pflicht zur Treue* erscheint.

Diesen Gedanken der Verletzung einer Treupflicht, an dem das Reichsgericht — wie unten noch näher ausgeführt werden wird — durch alle Entscheidungen hindurch festhält, verwendet es auch bei der Kommissionsuntreue. Es bezieht sich hierbei auf die Begründung zum Entwurf des Börsengesetzes S. 58. Danach soll der § 79 BörsG. (= § 95 n. F.) den Kommittenten gegen den Mißbrauch schützen, den gewissenlose Kommissionäre mit ihrer *Vertrauensstellung* treiben (RGSt. 34, 378).

Diese Ansicht des Reichsgerichts trifft sowohl bei der Kommissionsuntreue als auch bei der Bevollmächtigtenuntreue nicht zu. Wie gezeigt werden wird, liegt das Wesen der Untreue nicht in einem Vertrauensbruch oder der Verletzung einer Treupflicht, sondern in dem Mißbrauch der Rechtsmacht. § 95 BörsG. findet daher nur dann Anwendung, wenn der Kommissionär innerhalb seiner Rechtsmacht zum Nachteil des Kommittenten handelt.

Das Verhältnis der Kommissions- zur Bevollmächtigtenuntreue wird fast allgemein dahin gekennzeichnet, daß § 95 BörsG. als *Sondergesetz* der allgemeinen Vorschrift des § 266 StGB. Ziffer 2 vorgeht (Leipz. Komm. Anm. 22 zu § 266 StGB.; *Binding,* Lb., S. 404; KG. in DJZ. 1930 S. 1597; RGSt. 61, 341 insb. 345).

Ein Zusammentreffen ist — wie *Feisenberger,* Anm. 15 zu § 95 BörsG. mit Recht hervorhebt — überhaupt nur zwischen § 95 BörsG. und § 266 *Absatz II* StGB. in Verbindung mit Absatz I Ziffer 2 StGB. möglich. Liegt der erschwerende Fall des Absatz II nicht vor, dann kann auch der sogenannte Börsenkommissionär nur nach § 266 Ziff. 2 StGB. bestraft werden.

Aus dieser Tatsache will *Bernstein* (BörsG. Anm. 3a S. 374) den Schluß herleiten, daß zwischen beiden Arten der Untreue nicht das Verhältnis der Gesetzeskonkurrenz besteht, sondern dasjenige der Idealkonkurrenz (§ 73 StGB.). Er meint, daß es nicht anginge, daß der *ohne* Bereicherungsabsicht handelnde Kommissionär nach § 266 Ziffer 2 StGB. unter schwererer Strafandrohung stehe als der *mit* Bereicherungsabsicht handelnde, wenn mildernde Umstände angenommen werden. Diese Folgen finden sich aber vielfach im Verhältnis von allgemeinen zu besonderen Gesetzen (*Feisenberger,* Anm. 15 zu § 95 BörsG.), ganz abgesehen davon, daß es nicht angeht, den Strafrahmen der lex generalis mit dem der lex specialis bei der Annahme mildernder Umstände zu vergleichen. Da erstere mildernde Umstände nicht kennt, können sie bei letzterer vergleichsweise nicht herangezogen werden. Was den Hinweis auf die Beschränkung des § 266 StGB. auf bestimmte Vermögensstücke im Gegensatz zu § 95 BörsG. anlangt, so schlägt dieser deshalb nicht durch, weil ein Nachteil im Sinne des § 95 BörsG. sich stets auf ein Vermögensstück im Sinne des § 266 StGB. beziehen wird (*Feisenberger,* a. a. O.).

Zusammenfassend ist also auch hinsichtlich der Kommissionsuntreue zu bemerken, daß diese gesetzliche Regelung der Untreue eines Kommissionärs uns der Lösung des Problems nicht näher bringt.

II. Wer kann Täter im Sinne des § 266, Ziffer 2 StGB. sein?

a) Fällt der mittelbare Stellvertreter, insbesondere der Kommissionär, unter den Begriff des Bevollmächtigten im Sinne des §266 StGB.?

Der Begriff der Vollmacht wird in § 166 Absatz I BGB. mit der durch „Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht" bezeichnet. In dem Titel „Vertretung, Vollmacht" regelt das BGB. nur die Wirksamkeit solcher Erklärungen, die jemand innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des *Vertretenen* abgibt. Bevollmächtigter im Sinne des BGB. ist daher nur derjenige, der im *fremden* Namen auftritt.

In den hier genannten Fällen handelt es sich jedoch nur um solche Personen, die im *eigenen* Namen auftreten (vgl. für den Kommissionär § 383 HGB.). Es fragt sich daher zunächst, ob der mittelbare (oder verdeckte) Stellvertreter und der Treuhänder überhaupt unter die Subjekte des § 266 Ziffer 2 StGB. fallen.

Das Reichsgericht hat diese Frage bereits unter der Geltung des Preußischen Allgemeinen Landrechts bejaht. In RGSt. 7, 377 heißt es, daß sich der Begriff der Vollmacht im Sinne des § 266 StGB. nicht auf den Vollmachtsauftrag des ALR. beschränke, wonach einer dem anderen das Recht erteile, für ihn und statt seiner ein Geschäft zu betreiben (§ 5, I, 13 ALR.). Der strafrechtliche Begriff umfasse vielmehr den Fall, wenn der Beauftragte im *eigenen* Namen mit dem Dritten handeln soll und deshalb ein Rechtsverhältnis zwischen dem letzteren und dem Auftraggeber nicht entstehe. Der Begriff der Bevollmächtigung erfordere die Übertragung und Übernahme von Rechtsgeschäften, die Übertragung einer namens des Machtgebers auszuübenden *Verfügungsgewalt.*

Dem geltenden Rechte ist das Handeln im eigenen Namen mit Wirkung für einen Dritten nicht unbekannt. Nach § 185 Absatz I BGB. sind Verfügungen, die ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand trifft, wirksam, wenn sie mit Einwilligung, d. h. mit vorheriger Zustimmung (§ 183 BGB.), des Berechtigten erfolgen. Also auch hier ist jemandem eine Verfügungsbefugnis über Vermögensgegenstände eines Dritten eingeräumt. Wie weiter unten festgestellt wird, liegt aber das Wesen der Untreue gerade in dem Mißbrauch einer Verfügungsmacht. Ob der Täter bei seinem nachteiligen Handeln im eigenen Namen aufgetreten ist oder im Namen seines Auftraggebers, muß daher für die strafrechtliche Beurteilung des Falles außer Betracht bleiben.

Diese Auffassung vom Begriff des Bevollmächtigten im Sinne des § 266 StGB. ist allgemein. So erklärt es das Reichsgericht (RGSt. 61, 230; 61, 2) für unerheblich, ob im Namen des Auftraggebers oder im eigenen verfügt wird, ob es sich um offene oder verdeckte Vertretung handelt. In RGSt. 63, 336 wird der Bevollmächtigte ganz allgemein als ein zum rechtsgeschäftlichen Handeln gegenüber einem Dritten Bestellter bezeichnet, desgleichen auch in JW. 32, 1746 (RG. vom 24. Nov. 1931. 1. Sen.). Auf Grund seiner Treubruchstheorie gelangt das Reichsgericht allerdings in RGSt. 63, 407 (vgl. auch RGSt. 64, 86) zu der unzutreffenden Ansicht, daß auch derjenige Bevollmächtigter sein kann, der lediglich eine *tatsächliche* Verfügungsmacht habe, da auch in diesem Falle das Treuverhältnis, das durch § 266 Ziffer 2 StGB. geschützt werden solle, Platz greife.

Das Kammergericht erläutert den Begriff des Bevollmächtigten dahin, daß lediglich das Bestehen der Befugnis zur Vertretung fremden Vermögens in Rechtsangelegenheiten vorausgesetzt wird, und zwar in dem Sinne, daß der Bevollmächtigte eine rechtsgeschäftliche Selbständigkeit auszuüben hat und ausübt. Es fielen darunter nicht bloß die direkte, sondern auch die versteckte Stellvertretung (ZStW. 44, 615).

Im Schrifttum ist die Frage nur vereinzelt behandelt. Gegen die Einbeziehung des Kommissionärs spricht sich ausdrücklich *Bendix* (JW. 31, S. 180) aus.

Nach Binding (Lb. S. 400) macht es keinen Unterschied, ob der Bevollmächtigte im Namen des Auftraggebers oder in seinem eigenen handelt. Die Bevollmächtigung umschreibt er mit der „Übertragung der Vornahme von Rechtsgeschäften für den Auftraggeber".

Leopold (S. 31/32), *König* (S. 35/36) und *Herrmann* (S. 23, 28) schließen sich der Auffassung des Reichsgerichts in RGSt. 7, 377 an.

Am weitesten geht *Mayer* (S. 238), der als Bevollmächtigten denjenigen bezeichnet, der für einen anderen in einer „gewissen Selbständigkeit" Rechtsgeschäfte vorzunehmen hat.

Eine besondere Stellung nimmt *Freudenthal* (S. 138) ein. Er meint, es sei de lege ferenda im Falle einer Aufzählung der Subjekte ratsam, den Kommissionär ausdrücklich zu nennen. Es könnten sonst Zweifel entstehen, ob er, der *entgeltlich* handelt, also nicht „Beauftragter" im Sinne des § 662 BGB. sei, hierher gehöre. Dieser Zweifel sei unberechtigt, weil schon de lege lata der Begriff des Auftraggebers in § 266 StGB. nicht aus dem bürgerlichen Rechte heraus (s. übr. § 675 BGB.!), sondern nach dem Zweck der strafrechtlichen Bestimmungen selbst, also *erweiternd* ausgelegt werden müsse. Es würde sich gleichwohl empfehlen, allen Zweifeln vorzubeugen.

Diese Stellungnahme Freudenthals beruht auf seiner Begriffsbildung der Untreue, die keinen Unterschied zwischen Vollmacht und Auftrag macht. Die Auffassung trifft jedoch nicht zu, da das Wesen der Untreue nicht in der Verletzung des Auftragsverhältnisses, sondern in der des Vollmachtsverhältnisses zu erblicken ist. Auszulegen ist daher nicht der Begriff des „Auftraggebers", sondern der des „Bevollmächtigten". Im übrigen würde eine erweiternde Auslegung gegen § 2 StGB. verstoßen. Die Begründung von Freudenthal ist daher nicht stichhaltig.

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Begriff des Bevollmächtigten sowohl den unmittelbaren wie den mittelbaren Stellvertreter, also auch insbesondere den Kommissionär umfaßt, da beiden eine Verfügungsmacht eingeräumt ist, deren Mißbrauch durch das Strafgesetz geschützt werden soll.

b) Werden die Treuhandverhältnisse von § 266 Ziff. 2 StGB. ergriffen?

In einem Falle ist die Bestrafung eines Treuhänders wegen Untreue ausdrücklich gesetzlich geregelt. Es ist dies der § 36 des Hypothekenbankgesetzes vom 13. Juli 1899. Nach § 29 desselben ist bei jeder Hypothekenbank durch die Aufsichtsbehörde ein Treuhänder zu bestellen, der darauf zu achten hat, daß die vorschriftsmäßige Deckung für die Hypothekenpfandbriefe jederzeit zur Hand ist (§ 30 des Gesetzes).

§ 36 HyBG. bestimmt nun, daß „Treuhänder, die absichtlich zum Nachteile der Pfandbriefgläubiger handeln, wegen Untreue nach § 266 des Strafgesetzbuches bestraft werden".

Die Rechtsnatur dieses Treuhänders ist bestritten (vgl. die Übersicht bei *Feisenberger*, a. a. O., Anm. I zu § 29 HyBG., und auch bei Stenglein, ebenda). Als Beauftragter der Aufsichtsbehörde kann er nicht angesehen werden, da er an ihre Weisungen nicht gebunden ist (vgl. § 665 BGB.). Aus dem gleichen Grunde ist er auch nicht Beauftragter der Bank. Er kann auch nicht als Vertreter oder gar als Beauftragter der Pfandbriefgläubiger hingestellt werden, da ihn die Berufung zur Wahrnehmung der Interessen der Pfandbriefgläubiger noch nicht zu deren Vertreter macht.

Es ist vielmehr davon auszugehen, daß der Treuhänder im Sinne des Hypothekenbankgesetzes überhaupt kein Vertreter, sondern eine Zweckperson eigner Art ist (ebenso: Feisenberger, a. a. O.; *Dernburg*, S. 565; *Schultze* in JherJ. 43, 96). Seine Stellung ergibt sich in allen Beziehungen aus dem *Gesetz* unmittelbar. Daraus folgt, daß der Hypothekenbanktreuhänder dem in Ziffer 1 des § 266 StGB. genannten Personen nahesteht und nicht unter die Bevollmächtigten der Ziffer 2 zu rechnen ist. Letzteres wäre nur dann der Fall, wenn man von der falschen Auffassung ausginge, daß er Vertreter der Pfandbriefgläubiger ist (*Feisenberger*, a. a. O., Anm. 1 zu § 36 HyBG.).

Von den übrigen gesetzlich geregelten Treuhandverhältnissen kommt zunächst der § 1189 BGB. in Betracht. Nach dieser Bestimmung kann bei einer Sicherungshypothek für die Forderung aus Inhaberschuldverschreibungen und Orderpapieren (§ 1187 BGB.) für den jeweiligen Gläubiger ein *Vertreter* mit der Befugnis bestellt werden, mit Wirkung für und gegen jeden späteren Gläubiger bestimmte Verfügungen über die Hypothek zu treffen und den Gläubiger bei der Geltendmachung der Hypothek zu vertreten.

Über die Rechtsnatur dieses „Vertreters" besteht lebhafter Streit. Nach *Gierke* (D. Prr. II, § 163, S. 904/5) ist der sogenannte „Grundbuchvertreter" des § 1189 BGB. kein Vollmachtträger und kein Beauftragter, sondern „Treuhänder" wie der im Hypothekenbankgesetz sog. Gläubigervertreter, da er aus eigenem Recht, im eigenen Namen und selbständig als Verweser der Interessen des Gläubigers und Eigentümers handelt, ähnlich der Stellung des Testamentsvollstreckers.

Planck (III, Anm. 2 zu § 1189, S. 1089) bezeichnet ihn als keinen gewöhnlichen Vertreter des Gläubigers. Er werde zum Vertreter der Gläubiger bestellt, um die Rechte im Interesse *aller* Beteiligten auszuüben. Seine Rechtsstellung ähnele der eines Pflegers einer geschäftsfähigen Person mit der Maßgabe, daß er auch im Interesse des Eigentümers bestellt sei.

Gegen die Treuhändereigenschaft des Grundbuchvertreters und für seine Eigenschaft als Vertreter im technischen Sinne sprechen sich aus: *Wolff* (§ 152, IV, S. 554), Julius von *Gierke* (Enz. IX, § 56, IV, 3, S. 139) und *Biermann* (Anm. 3 zu § 1189). Letzterer, bei dem auch weitere Literatur angeführt ist, begründet seine Ansicht damit, daß zunächst der Wortlaut des Gesetzes dafür spräche und ferner der Umstand, daß die Rechtshandlungen des Grundbuchvertreters für und gegen die Gläubiger wirkten, was das eine Vertretung Kennzeichnende sei.

Nach *Guethe* (S. 2065) beruht die Bestellung und die Begrenzung der Verfügungsmacht des Grundbuchvertreters im allgemeinen auf der Vollmacht des Gläubigers, auch wenn der Eigentümer ihn bei der Begründung der Hypothek einseitig bestellt, weil der Gläubiger durch den Erwerb der Hypothek die Bestimmung des Eigentümers genehmige. Innerhalb dieser Grenzen aber sei der Treuhänder von dem Willen und den Bestimmungen des Gläubigers unabhängig.

Für die strafrechtliche Frage der Untreue haben die verschiedenen Meinungen nur insofern eine Bedeutung, als es sich um eine Zuordnung des Grundbuchvertreters unter Ziffer 1 oder Ziffer 2 des § 266 StGB. handelt. Nach denjenigen, die ihn als Treuhänder ähnlich dem Testamentsvollstrecker oder Pfleger ansehen, würde eine Be-

strafung nach Ziffer 1 in Betracht kommen, da dort diese Personen ausdrücklich aufgeführt sind. Andernfalls würde er als Vertreter im technischen Sinne unter den Begriff des Bevollmächtigten der Ziffer 2 fallen. Mit Rücksicht darauf, das Ziffer 2 den Mißbrauch der Vertretungsmacht gewillkürter Vertreter bestrafen will, während Ziffer 1 die amtlichen Vertreter im Auge hat, dürfte der Treuhänder des § 1189 BGB. den Bevollmächtigten im Sinne der Ziffer 2 des § 266 StGB. unterzuordnen sein. Die Frage ist in der Praxis noch nicht entschieden, da in der Regel als Grundbuchvertreter die Emissionsbanken der Inhaberschuldverschreibungen eingetragen werden und eine Bestrafung juristischer Personen nach § 266 nicht möglich ist.

In diesem Zusammenhang soll noch kurz auf den „Treuhänder" nach dem Gesetz, betreffend die gemeinsamen Rechte der Besitzer von Schuldverschreibungen vom 4. Dezember 1899, eingegangen werden. Nach § 1 Absatz II dieses Gesetzes kann die Gläubigerversammlung zur Wahrnehmung der Rechte der Gläubiger einen gemeinsamen Vertreter für diese bestellen. Für den Fall seiner Bestellung muß zugleich der Umfang seiner Befugnisse bestimmt werden (§ 14 des Gesetzes). In diesem Falle handelt es sich um einen rechtsgeschäftlichen Vertreter, der lediglich die Interessen der Gläubiger wahrzunehmen hat. Seine Stellung ist also mit der des Grundbuchvertreters des § 1189 BGB. nicht zu vergleichen. Für den Fall, daß auch ein solcher Grundbuchvertreter bestellt wird, bestimmt vielmehr § 16 des Gesetzes ausdrücklich, daß die Befugnisse des Grundbuchvertreters durch die Bestellung eines Gläubigervertreters nach § 1 nicht berührt werden. Der Gläubigervertreter des Gesetzes vom 4. Dezember 1899 dürfte daher ohne Bedenken unter den Begriff des Bevollmächtigten im Sinne der Ziffer 2 des § 266 StGB. fallen.

Schließlich erwähnt noch das Gesetz über die Sicherung von Bauforderungen vom 1. Juni 1909 in § 35 einen Treuhänder. Auf Antrag des Baugeldgebers bestellt das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Baustelle gelegen ist, einen Treuhänder, der die Rechtsstellung eines Pflegers (§ 35 Absatz III) hat. Es besteht hier kein Zweifel, daß dieser Treuhänder als Kurator des § 266 Ziffer 1 StGB. anzusehen ist.

Die im Industriebelastungsgesetz und Reichsbahngesetz (beide vom 30. August 1924) vorgesehenen Treuhänder scheiden hier aus, da sie auf Grund öffentlich-rechtlicher Verhältnisse bestellt sind.

Abgesehen von diesen gesetzlich besonders geregelten Treuhandverhältnissen ist von besonderer Bedeutung der im Gesetz nicht ausdrücklich erwähnte *Treuhänder auf Grund eines fiduziarischen Rechtsgeschäfts,* insbesondere der fiduziarischen Eigentumsübertragung und Forderungsabtretung.

Unter dem Treuhänder in diesem Sinne ist jemand zu verstehen, dem der Treugeber aus seinem Vermögen einen Gegenstand zu treuen Händen anvertraut hat, d. h. übereignet oder abgetreten, und zwar für das Innenverhältnis maßgeblich derart, daß der Treuhänder das ihm übertragene Recht im eigenen Namen ausüben, aber nicht zu eigenem Vorteil gebrauchen soll (RG. in SA. 77, 271). Durch die fiduziarischen Geschäfte wird nicht die wirtschaftliche Vermehrung des Vermögens des Empfängers bezweckt (*Dernburg,* S. 566).

Der Zweck der Begründung eines Treuhandverhältnisses kann verschieden sein.

Entweder handelt es sich um eine Treuhand, die ausschließlich im Interesse des Treugebers erfolgt, und die man deshalb als „uneigennützige" Treuhand bezeichnen kann. Es sind dies die Fälle, in denen Vermögenswerte des Treugebers (Sachen, Forderungen, Rechte) „zwecks leichterer Abwicklung von Aufträgen" (RGSt. 62, 58) dem Treuhänder *als Eigenrechte* übertragen werden. Hierher gehört die Inkassozession von Forderungen, für das Wechselrecht insbesondere das stille Prokuraindossament. *Leopold* (S. 47) bezeichnet als Hauptzweck dieser uneigennützigen Treuhand eine „Bevollmächtigung". Da es sich hier um eine Maßnahme zur Verwaltung des Vermögens des Treugebers handelt, soll diese Art Treuhand im folgenden kurz *„Verwaltungstreuhand"* genannt werden.

Die zweite Form der Treuhand ist eine solche, bei der die Übertragung von Vermögensrechten des Treugebers sowohl im Interesse des Treugebers als auch in dem des Treuhänders liegt (eigennützige Treuhand). Es sind dies die Fälle der *„Sicherungstreuhand"*, also Fälle, in denen der Treugeber Schuldner des Treuhänders ist. Vor allem ist hier die Sicherungsübereignung und die Sicherungsabtretung zu nennen.

Die Sicherungsübereignung verfolgt den Zweck, die Verpfändung einer beweglichen Sache auch dann zu ermöglichen, wenn der Schuldner den Besitz der Sache nicht entbehren will. Da nach geltendem Recht das Besitzkonstitut (§ 930 BGB.) zur Verpfändung einer beweglichen Sache nicht ausreicht (§§ 1205, 1206 BGB.), überträgt der Schuldner (Treugeber) dem Gläubiger (Treuhänder) die Sache durch Besitzkonstitut *zu vollem Eigentum* mit der schuldrechtlichen Abrede, daß sich der Gläubiger im Falle der Nichtbefriedigung des gesicherten Anspruchs aus der Sache befriedigen darf und im Falle des Unterganges des gesicherten Anspruchs durch Erfüllung oder Erfüllungssurrogate Zurückübertragung der Sache an sich verlangen kann.

Bei der Sicherungsabtretung erfolgt die Abtretung einer Forderung des Schuldners gegen einen Dritten ebenfalls *zu vollem Gläubigerrecht* des Treuhänders mit derselben Abrede wie bei der Sicherungsübereignung. Die Beteiligten wählen hier nicht die mögliche Form der Verpfändung der Forderung (§§ 1273 ff. BGB.), sondern aus Gründen der Vereinfachung (z. B. Wegfall der Anzeigepflicht nach § 1280 BGB.) die der Abtretung.

Die Zulässigkeit solcher fiduziarischen Geschäfte ist jetzt nicht mehr bestritten (vgl. *Planck,* I, Anm. 7 zu § 117 BGB., S. 274; *Dernburg,* S. 566; RGZ. 62, 386 — insbesondere 391 —; 84, 364). Eine Nichtigkeit nach § 117 BGB. wird nicht angenommen, da das Rechtsgeschäft dem wahren, ernstlichen Willen der Parteien entspricht. Nur unter besonderen Umständen, insbesondere bei Benachteiligungsabsicht anderer Gläubiger, ist das Geschäft als nichtig nach § 138 BGB. anzusehen. Von diesen Fällen kann hier abgesehen werden, da hier unser Problem gar nicht zur Entstehung gelangt.

Vor allem ist aber die *Übertragung* von Rechten *zur Sicherung* eines Anspruchs dem BGB. nicht unbekannt. Im § 223 Absatz II BGB. — also an einer Stelle, wo man es nicht vermutet — ist bestimmt, daß die Rückübertragung des zur Sicherung *übertragenen* Rechtes nicht auf Grund der Verjährung des Anspruchs (nämlich des zu sichernden) gefordert werden kann. Die Sicherungsabtretung ist

also den Hypotheken und Pfandrechten des Absatz I des § 223 BGB. gleichgesetellt.

Ferner ist die Sicherungsübereignung ausdrücklich im Reichsgesetz, betr. die Ermöglichung der Kapitalkreditbeschaffung für landwirtschaftliche Pächter, vom 9. Juli 1926 (RGBl. I S. 399) in § 22 daselbst gesetzlich anerkannt.

Es entsteht nun die Frage, ob diese Treuhänder unter den Begriff des Bevollmächtigten des § 266 StGB. fallen. Das ist zu bejahen. Wie wir gesehen haben, kommt es bei der Auslegung des Bevollmächtigtenbegriffes lediglich darauf an, daß dem Bevollmächtigten eine *Verfügungsmacht* zusteht, durch deren Mißbrauch der Machtgeber geschädigt wird (vgl. oben S. 19). Das Wesen der Treuhand besteht aber gerade darin — und zwar sowohl bei der Sicherungs- als auch bei der Verwaltungstreuhand —, daß der Treuhänder kraft des Treuhandverhältnisses in die Lage versetzt ist, über die ihm übertragenen Rechte voll wirksam zu verfügen und daß die Bindung, dies nur im Sinne der besonderen schuldrechtlichen Abrede zu tun, dafür ohne Bedeutung ist. Verfügt also der Treuhänder der Abrede zuwider über das Treuhandgut, so kann sich der Treugeber dem Dritten gegenüber nicht auf das Treuverhältnis berufen, sondern *muß die Verfügung gegen sich gelten lassen.* Das aber ist gerade das wesentliche Kennzeichen für das Vorliegen einer „Bevollmächtigung" im Sinne des § 266 Ziffer 2 StGB. Ebenso wie der Machtgeber an Verfügungen des direkten Stellvertreters auf Grund des § 164 BGB. und des indirekten auf Grund des § 185 BGB. gebunden ist Dritten gegenüber, so ist der Treuhänder auf Grund seines ihm vom Treugeber übertragenen *Eigenrechts* rechtlich in der Lage, zum Nachteile seines Machtgebers zu handeln. Insofern besteht auch eine zivilrechtliche Ähnlichkeit zwischen der verdeckten Stellvertretung und dem Treuhänder, was in den Protokollen zum BGB. dadurch zum Ausdruck gekommen ist, daß dort die Verhältnisse bei der mittelbaren Stellvertretung als „fiduziarische" bezeichnet werden (II, S. 361 ff.) und was *Leopold* (S. 54) zu der Bemerkung veranlaßt, daß schließlich jede Vollmacht ein fiduziarisches Moment in sich trage und gerade dieses Moment für die Kriminalisierung der Bevollmächtigtenuntreue gegeben habe.

Die Fähigkeit des Treuhänders, Täter der Bevollmächtigtenuntreue zu sein, ist auch vom Reichsgericht — wenn auch nicht ausdrücklich — anerkannt worden. In dem zur Entscheidung stehenden Falle (RGSt. 62, 58) hatte der Geschädigte dem Angeklagten eine Hypothek übertragen mit der Abrede, sie für den Machtgeber zu verwerten und den Erlös zur Befriedigung der Gläubiger des Treugebers zu verwenden. Das Reichsgericht betont hier ausdrücklich, daß zivilrechtlich der Beauftragte Träger des Vermögensrechtes sei. Irgendwelche Bedenken, ob der Angeklagte überhaupt unter den Begriff des Bevollmächtigten im Sinne des § 266 StGB. fällt, hat das Reichsgericht bei seiner Verurteilung wegen Untreue nicht gehegt, obwohl es sich in dem vorliegenden Falle weder um eine Vollmacht nach § 166 Absatz II BGB. noch um eine Ermächtigung nach § 185 BGB. handelt, sondern um eine Verwaltungstreuhand in dem oben erörterten Sinne.

Auch in RGSt. 61, 174 bringt das Reichsgericht den Verwaltungstreuhänder unter den Bevollmächtigten des § 266 StGB.

Gegen eine Einbeziehung des Treuhänders spricht sich auf Grund seiner Auffassung der Untreue als Pflichtverletzung *Mayer* (S. 244, 253) aus.

Der Begriff des Treuhänders ist verschiedentlich anders als in dem oben wiedergegebenen Sinne umschrieben worden. So rechnet z. B. *Schultze* (S. 1) die Fälle der Sicherungstreuhand nicht darunter. Er behandelt nur die „reinen Treuhandschaften", d. h. die uneigennützigen, nicht die „gemischten Treuhandschaften" der Sicherungsübertragung. Zu den Fällen der reinen Treuhandschaft rechnet er andererseits Rechtsverhältnisse, die nicht unter den Treuhänderbegriff in unserem Sinne fallen, so den Testamentvollstrecker (S. 64, 88), den Pfleger einer Leibesfrucht nach § 1912 BGB. (S. 58) und den Pfleger einer öffentlichen Sammlung nach § 1914 BGB. (S. 35). Diese Fälle sind für uns nicht problematisch, da sie sämtlich unter Ziffer 1 des § 266 StGB. fallen. *Dernburg* (S. 565) unterscheidet zwischen Treuhänder und Fiduziar. Das Wesen der Treuhand erblickt er darin, daß nicht Vertretung bestimmter Personen, sondern die Wahrung gewisser sozialer Aufgaben bezweckt werde. Er führt als Treuhänder in diesem Sinne den Testamentsvollstrecker und den Treuhänder des § 29 HyBG. an. Da diese Fälle hier wegen der besonderen strafrechtlichen Regelung (vgl. wegen des Hypothekentreuhänders oben S. 20) nicht interessieren, braucht auf diese Unterscheidung nicht eingegangen zu werden. Schließlich gebraucht *Draheim* (S. 24, 25), dem sich *Gleispach* (S. 93) anschließt, den Ausdruck Treuhänder bei der Unterschlagung anvertrauter Sachen (§ 246, letzter Fall des Absatzes I, StGB., sog. „Veruntreuung"). Da er ihm aber selbst keine technische Bedeutung beimißt, ist diese Begriffsbildung für uns unerheblich.

Es ist somit zusammenfassend festzustellen, daß für die Frage der Bevollmächtigtenuntreue nur die Fälle der Sicherungs- und Verwaltungstreuhand eine Rolle spielen und daß der Treuhänder in diesem Sinne Täter nach § 266 Ziffer 2 StGB. sein kann.

III. Nach welchem Rechte ist das Eigentum und das Gläubigerrecht zu bestimmen?

a) Geschichtliche Entwicklung des Untreuetatbestandes

Die Frage nach den Eigentumsverhältnissen oder den Gläubigerrechten läßt sich nur dann beantworten, wenn auf die fortschreitende Entwicklung, die die Untreue im Laufe der Geschichte des Strafrechts genommen hat, eingegangen wird. Es soll daher an dieser Stelle ein kurzer Überblick über die — hier allein interessierende — Bevollmächtigtenuntreue gegeben werden (wegen der Geschichte im allgemeinen vgl. *Freudenthal,* a. a. O. S. 106 ff.; *Leopold,* S. 2 ff., *König,* S. 8 ff.; *Draheim,* S. 1 ff.).

Im römischen Recht war die Untreue so gut wie unbekannt, da es an einem ausgesprochenen Strafrecht in unserem Sinne fehlte. Lediglich in den Fällen der actiones famosae auf Grund der actio fiduciae, tutelae, mandati, depositi und pro socio konnte nach erfolgter Verurteilung wegen doloser Vertragsverletzung die Ehrenstrafe der Infamie verhängt werden. Es handelte sich also um Fälle der *Vertragsverletzung,* die als besonderer *Vertrauensbruch* angesehen wurden.

Das ältere deutsche Recht verband mit dem Begriff Untreue (Untrüw) den der Felonie, der Verletzung des Lehns- und Untertanenverhältnisses, der später in den Tatbestand des Hoch- und Landesverrats überging. An Vorschriften, die der Untreue unseres Rechts glichen, fehlte es.

Die erste gesetzliche Regelung der Untreue findet sich in der Peinlichen Gerichtsordnung Karls V. vom 27. Juli 1532 (Const. Crim. Carolina, C.C.C.). Nach Art. 115 C.C.C. werden die Prokuratoren mit Strafe bedroht, „so iren Partheien zu nachtheyl geverlicher fürsetzlicher weiss den widertheylen zu gutehandeln". Art. 170 C.C.C. bestimmt: „welcher mit eyns andern güttern, die jm in gutten glauben zu behalten und zu verwaren gegeben sein, williger und geverlicherweiss, dem Gläubiger zu schaden handelt, solch missethatt ist eynem Diebstall gleich zu straffen." Nach der Ansicht verschiedener Schriftsteller liegt hierin bereits die Wurzel der Unterschlagung und Untreue (vgl. hierzu *Draheim*, S. 7). Für uns ist der Streit, der darüber besteht, ohne wesentliche Bedeutung, da hier jedenfalls die Bevollmächtigtenuntreue noch nicht erkennbar hervortritt.

Wichtiger ist das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794, das die Untreue ausführlich im 20. Titel des II. Teils in den §§ 1329 ff. als Unterart des qualifizierten Betruges behandelt. Hier ist zum ersten Male auch die Bevollmächtigtenuntreue in § 1372 erwähnt:

„Wer bei Ausrichtung eines übernommenen Auftrages seinen Machtgeber hintergeht und dadurch vorsätzlich in Schaden bringt, soll ebensoviel als der Schaden beträgt zur Strafe entrichten."

Die Generaldefinition der Untreue des ALR. lautet gemäß § 1329 dahin, daß Täter sein kann,

„welcher außer der allgemeinen Verbindlichkeit noch *besondere Verpflichtungen* auf sich hat, einen anderen mit Treue und Redlichkeit zu behandeln, und diesen gleichwohl hintergeht."

Danach wird nach ALR. eine besondere Pflicht zu Treue und Redlichkeit für den Untreuetatbestand vorausgesetzt. Die Untreuebestimmungen des ALR. sind jedoch deshalb fast unbrauchbar, weil in den zahlreichen aufgeführten Fällen (§§ 1330—1376) sich auch unzweifelhafte Fälle von Betrug und Unterschlagung vorfinden.

Für die deutsche Partikularstrafgesetzgebung ist der Code Pénal Napoleons von 1810 von großem Einfluß gewesen, der in Art. 408 ff. einen selbständigen Tatbestand der Untreue behandelte. Wegen *Mißbrauchs des Vertrauens* werden diejenigen Personen bestraft, welche Effekten, Gelder, Waren usw., die ihnen als Depositum übergeben worden sind mit der Verpflichtung, sie zu einem bestimmten Zwecke zu gebrauchen, zu verwenden oder sie zurückzugeben, zum Nachteile des Eigentümers entziehen oder preisgeben.

Das Strafgesetzbuch des Königreichs Bayern von 1813 bedroht nach Art. 399 im 4. Kapitel des 1. Titels des 3. Buches mit Gefängnisstrafe Bevollmächtigte, Verwalter, Geschäftsführer, Gesellschaftgenossen, welche in dieser Eigenschaft den andern zum Nachteile handeln.

Von besonderer Bedeutung für den Untreuetatbestand des Reichsstrafgesetzbuches ist jedoch das Preußische Strafgesetzbuch von 1851. Aus der mannigfachen Änderung der verschiedenen Entwürfe zu diesem Gesetzbuch bezüglich des Untreuetatbestandes geht deutlich hervor, welche Schwierigkeiten es dem Gesetzgeber bereitet hat,

einen klaren Tatbestand der Untreue zu schaffen. Zunächst wollte man einen allgemeinen Begriff der Unterschlagung aufnehmen, wodurch man auf einen allgemeinen Begriff der Untreue verzichten zu können glaubte. Es wurden im wesentlichen lediglich die nach dem ALR. bereits für strafbar erklärten Fälle von Vertrauensbruch wieder aufgenommen, die nur auf alle Arten der Vermögensbeschädigung ausgedehnt wurden. Bezüglich der Bevollmächtigtenuntreue bestimmte der § 79 des ersten Entwurfes, daß Bevollmächtigte bestraft werden sollten, die den Machtgeber „vorsätzlich und rechtswidrig in Schaden am Vermögen bringen". Im § 453 des Entwurfes von 1843 heißt es, daß die Bevollmächtigten, Rechtsbeistände, Haus- und Wirtschaftsbeamte, Gewerbegehilfen und Dienstboten, welche bei ihnen übertragenen Geschäften diejenigen benachteiligen, deren Geschäfte sie besorgen, mit derselben Strafe belegt werden sollen wie bei Unterschlagungen. Der Entwurf von 1845 beseitigte die Untreue der Bevollmächtigten des Privatrechts mangels genügender Veranlassung für eine Bestrafung in diesen Fällen. Der letzte Entwurf von 1850 verwarf den ganzen Titel Untreue mit der Begründung, daß die Strafandrohungen bei Betrugs- oder Unterschlagungshandlungen das Bedürfnis des Rechtsverkehrs nach Schutz vor *Vertrauens- und Treubrüchen* befriedigten. In der Beratung nahm man die Untreue jedoch wieder auf, allerdings ohne die Verhältnisse mit privater Natur. Man begründete dies damit, daß es häufig gar nicht im Interesse der Kontrahenten liege, eine von dem anderen Teile begangene Untreue zu rügen, und sich derjenige, der einen Privatvertrag mit einem anderen abgeschlossen habe, welcher auf besonderes Vertrauen berechnet sei, sich bei der Auswahl der Vertrauenspersonen vorsehen möge. Den Personen jedoch, die vom Staate dem Publikum zur Besorgung gewisser Angelegenheiten bezeichnet und angewiesen würden, werde mit Recht von vornherein ein großes Vertrauen bewiesen, dessen Nichteinhaltung sehr strafwürdig sei (*Goltdammer,* Mat. zum Preuß. StGB., II, § 246, S. 560). Die endgültige Fassung der Untreue (§ 246 PrStGB.) deckt sich im wesentlichen mit Ziffer 1 und 3 des § 266 ReichsSTGB.

Von den landesrechtlichen Strafgesetzbüchern muß schließlich noch das Sächsische Strafgesetzbuch von 1868 erwähnt werden. Sein Art. 287 Absatz II lautet:

„Der Unterschlagung ist es gleich zu achten, wenn ein Geschäftsführer über Forderungen oder andere Vermögensstücke des Geschäftsherrn, welche er nicht im Besitz hat, in gewinnsüchtiger Absicht zum Nachteile des Geschäftsherrn verfügt."

Was die Entstehung des Reichsstrafgesetzbuches anlangt, so wurde im ersten Entwurfe des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund die Untreue nach Maßgabe des Preuß. StGB. übernommen. Unter dem Einfluß des ebenerwähnten Sächs. StGB. und mit Rücksicht auf die in der Rechtsprechung aufgetretenen Schwierigkeiten wurde schließlich die Bevollmächtigtenuntreue als Ziffer 2 in der heute geltenden Gestalt aufgenommen. In den Motiven zum dritten Entwurf heißt es hierzu:

„Die Frage, ob der Tatbestand der Unterschlagung auch auf die widerrechtliche Verfügung über fremde *Vermögensrechte* zum Nachteile des Berechtigten anwendbar sei, ist in der Praxis vielfach erörtert. Der Entwurf hat geglaubt, die hierhergehörigen Fälle unter den Begriff der „Untreue" stellen und daher in § 261

(heute § 266 StGB.) durch Beifügung der Bestimmung unter Nummer 2 erledigen, hierdurch aber einem in der Praxis hervorgetretenen ... Bedürfnis Abhilfe verschaffen zu sollen." (Mot. a. a. O. S. 76, 78.)

Die erwähnten Schwierigkeiten bezogen sich hauptsächlich auf zwei Punkte. Erstens war es nach preußischem Strafrecht nicht möglich gewesen, das rechtswidrige Verfügen über Forderungen zu bestrafen, da es sich nicht um Sachen handelte. Die Unterschlagung (§ 225 PrStGB.) forderte nämlich, ebenso wie heute § 246 RStGB., fremde bewegliche Sachen als Gegenstand der Unterschlagung. Zweitens konnte man dann nicht bestrafen, wenn es an dem Merkmal der „fremden" Sache fehlte, so vor allem in Fällen, in denen der Täter nur die Pflicht zur Übertragung des Eigentums an den Betroffenen verletzt hatte.

Diese Lücken des Unterschlagungstatbestandes hatte das preußische Obertribunal dadurch auszufüllen gesucht, daß es einmal den Begriff der „Sache" auch auf Forderungen ausdehnte und in den anderen Fällen ein vom streng zivilrechtlichen Eigentumsbegriff abweichendes „wirtschaftliches" Eigentum schuf.

Es handelte sich hauptsächlich um Fälle der mittelbaren Stellvertretung, wie die von uns zu untersuchenden. Ein Angeklagter z. B. war im Besitz eines Lotterieloses: Er veranlaßte mehrere andere Personen, sich am Spiel anteilmäßig zu beteiligen. Den auf das Los gefallenen Gewinn hob er ab, verbrauchte jedoch das Geld für sich. In dem Erkenntnis vom 30. Oktober 1861 (GoltA. 10, 8) entschied das Obertribunal dahin, daß der Angeklagte den Gewinn nur unter der Verpflichtung erheben und empfangen durfte, denselben an die Eigentümer des Loses, d. h. des darauf ruhenden Gewinnrechts, vermöge des übernommenen Auftrages abzuliefern. Der von ihm erhobene Gewinn sei und bleibe für ihn ein *fremder,* und wenn er ihn den Losberechtigten entziehe, so handele er nicht bloß gegen seine mandatsmäßige Ablieferungspflicht, sondern er verletze auch ihr *Eigentum des Rechts auf den Gewinn.* Daß das Gesetz nicht schlechterdings ein vorhandenes Eigentum an einer greifbaren Spezies habe berücksichtigen wollen, vielmehr auch die treulose Verletzung des *Eigentums an Rechten auf bestimmte Sachen,* deren Realisierung der Berechtigte für sich einem anderen übertragen habe, in sich befassen sollte, sei schon deshalb anzunehmen, weil sonst das Strafgesetzbuch eine unerklärliche Lücke in Hinsicht auf die Treulosigkeiten der Verwalter und Bevollmächtigten gegen die frühere Gesetzgebung (§ 1373, II, 20 ALR.) und selbst gegen das deutsche gemeine Recht (PeinlGerO., Art. 170) darbieten würde.

In einer Entscheidung vom 17. Juni 1863 (GoltA. 11, 638) führt das Obertribunal aus, daß das Gesetz mindestens auch die treulose Verletzung des Eigentums von bestimmten Rechten auf Sachen, deren Aneignung, Verwahrung und Verwaltung einem Stellvertreter übertragen sei, unter die Strafe der Unterschlagung habe stellen wollen. Die Berechtigung hierzu liege in der durch zivilistische Begriffsstrenge ohne Rücksicht auf bürgerliche Moralität zu erklärenden Inkonsequenz, daß zwar derjenige Bevollmächtigte, der eine ihm aufgetragene Geldhebung *für den Mandanten* vollzogen und *für denselben* Besitz respektiv Eigentum der Geldstücke erworben habe, durch nachherigen Verbrauch derselben zum Nachteile des Mandanten der Strafe der Unterschlagung verfallen würde, nicht aber

derjenige, der gleich anfangs das Zahlungsgeschäft *für sich* oder *im eigenen Namen* vollzieht und demnächst die Sachen für sich verbraucht. Jener weitere Eigentumsbegriff sowie der damit zusammenhängende der Unterschlagung sei auch dem gewöhnlichen Leben durchaus bekannt und geläufig.

Im Falle einer Verkaufskommission (Entscheidung vom 5. Dezember 1867 — GoltA. 16, 234) führt das Obertribunal folgendes aus: „Der § 225 PrStGB. (= Unterschlagung) setzt als Objekt der Kontraktion allerdings eine fremde, bewegliche Sache voraus. Allein die Frage, ob die Sache in der Hand des zur Zurückgabe oder Ablieferung verpflichteten Empfängers als eine fremde im Sinne dieses Paragraphen zu betrachten sei, kann auf die Spitzen der zivilrechtlichen Grundsätze über den Eigentumserwerb nicht gestellt werden. ... Diese Vorschrift bezweckt nämlich die Sicherung und Wahrung von Treu und Glauben im Verkehrsleben. Maßgebend für die Eigentumsfrage ist daher zunächst die zwischen den Beteiligten getroffene Übereinkunft, das unter der Treue dieser Übereinkunft stehende Obligationsverhältnis, dem das Strafgesetzbuch seinen Schutz gewähren will. Ging die Übereinkunft dahin, daß der Berechtigte das Eigentum der Sache behalten oder erlangen und daß der zur Ablieferung Verpflichtete sie nur für den Berechtigten zeitweise besitzen solle, so ist diese Sache für ihn eine fremde, sollte er nach außen hin als legitimierter Eigentümer erscheinen und als solcher wirksam über dieselbe verfügen können. Dies gilt auch für den Kommissionär ..."

Hier weist das Obertribunal auch ausdrücklich darauf hin, daß die Ausfüllung fühlbarer Lücken im Strafgesetzbuch einen Hilfsgrund zur Auslegung des Strafgesetzes darstelle.

Wie die oben wiedergegebenen Motive zum Reichsstrafgesetzbuch hervorheben, war die Absicht des Gesetzgebers, diese Lücken durch Einfügung der Bevollmächtigtenuntreue in den Tatbestand der Untreue auszufüllen. Die Bevollmächtigtenuntreue verdankt also ihr Bestehen einer Ergänzungsbedürftigkeit des Unterschlagungstatbestandes. Die Absicht des Gesetzgebers ist jedoch nur zum Teil verwirklicht worden. Wohl werden jetzt Forderungen und andere Vermögensstücke, über die rechtswidrig verfügt wird, vom Strafgesetz erfaßt. Aber das Erfordernis der Fremdheit der Vermögensstücke ist geblieben, da auch Ziffer 2 des § 266 StGB. — im Gegensatz zu den Ziffern 1 und 3 — nur solche Gegenstände für tauglich erklärt, die „dem Auftraggeber" zustehen. Es ist deshalb erklärlich, daß der alte Streit über die Eigentumsverhältnisse auch unter der Geltung des Reichsstrafgesetzbuches nicht verstummt ist.

(b Ist zur Bestimmung der Eigentums- oder Gläubigerververhältnisse das zur Zeit oder am Ort der Tat geltende Zivilrecht maßgebend oder sind die Verhältnisse nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen (Theorie vom „strafrechtlichen" Eigentum)?

Die beiden Hauptvertreter der Ansicht, daß die Rechtsverhältnisse bei den strafrechtlichen Bestimmungen, insbesondere auch bei der Untreue, nicht nach den strengen zivilrechtlichen Regeln, sondern nach anderen Gesichtspunkten zu beurteilen sind, sind *Peterson* und *Kronecker* (GOLtA. 34, S. 90 ff. und S. 402 ff.).

Ersterer behandelt unter der Überschrift „Wie sind unsere Strafgesetze auszulegen?" die verschiedenen Verfahren bei der Auslegung

des Zivilrechts einerseits und des Strafrechts andererseits. Für das letztere fordert er, daß kein Zivilrecht in die Auslegung hineingetragen werden soll, da die Auslegung der Strafgesetze — im Gegensatz zu den Zivilgesetzen — nicht nach streng juristischen, sondern nach den Anschauungen des Volkes zu erfolgen habe. Insbesondere spricht er sich (S. 105) für die Beurteilung der Frage, ob eine Sache als fremde anzusehen sei, in diesem Sinne aus. Er führt das unser Problem treffende Beispiel an, daß ein Hausierer von einem Kaufmann Ware zum Verkauf gegen Provision übergeben erhalten und sich den Kauferlös angeeignet hat. Die Schöffen, meint er, würden regelmäßig wegen Unterschlagung verurteilen. Es komme hier die volkstümliche Anschauung zum Durchbruch, daß durch eine unredliche Handlung niemals Eigentum erworben werden könne, und es frage sich sehr, ob nicht die Rechtsprechung sich einer derartig berechtigten Anschauung anzuschließen verpflichtet sei.

Zu dem angeführten Beispiel ist zunächst zu bemerken, daß der Eigentumserwerb selbst nicht unredlich zu sein braucht, da der Vorsatz, das Geld für sich zu verbrauchen, erst *nach* Erlangung des Eigentums daran gefaßt sein kann. Zu den allgemeinen Erwägungen aber ist zu sagen, daß sie für das Strafrecht nicht brauchbar sind. Der Strafgesetzgeber hat gerade aus der Überlegung heraus, daß die Ansichten darüber, ob ein Tatbestand strafwürdig ist oder nicht, sich nicht immer decken werden, im einzelnen genau bestimmt oder zu bestimmen versucht, welche Anforderungen gestellt werden müssen, um eine gesetzliche Strafandrohung zu rechtfertigen. Mit der Schaffung bestimmter Tatbestände hat er der richterlichen Willkür vorbeugen wollen, insbesondere der durch Laienrichter. Die Volksanschauung, die *Peterson* bei der Auslegung der Strafgesetze herangezogen wissen will, kann deshalb nur bei der Schaffung des Gesetzes selbst berücksichtigt werden, nicht aber bei der Anwendung des den Niederschlag dieser Laienauffassung bereits enthaltenden Gesetzes, da dieses Verfahren einer gesetzlichen Neubildung gleichkäme, die wegen des Verbotes ausdehnender Auslegung der Strafgesetze (§ 2 StGB.) nicht statthaft ist.

Die Forderung Petersons, bei der „Auslegung der materiellen Strafgesetze alle Erwägungen beiseitezulassen, welche nicht in gleicher Weise von den Laienrichtern wie von den Fachrichtern gewürdigt werden können", ist daher als mit der Gesetzestechnik unvereinbar abzulehnen.

Kronecker befaßt sich nur mit dem Tatbestandsmerkmal der „Vermögensstücke des Auftraggebers" der Bevollmächtigtenuntreue. Er führt verschiedene Gründe an, aus denen hervorgehen soll, daß es sich nicht um ein zivilrechtliches Eigentum handeln kann. Zunächst bringt er vor, daß schon die Erwähnung der Forderungen für seinen Standpunkt spreche, da ein Eigentum an ihnen nicht möglich sei (S. 407). Sodann folge aus der Weglassung der Worte „welche der Bevollmächtigte nicht in Besitz hat" aus dem sonst übernommenen Tatbestand des Art. 287 Abs. II des Sächs. StGB., daß der Gesetzgeber den Begriff des Vermögens wirtschaftlich gefaßt wissen wolle und daher Untreue auch an solchen Vermögensstücken begangen werden könne, die lediglich auf Grund „formeller zivilistischer Momente" in das Eigentum des Täters übergegangen seien. Schließlich weist er darauf hin, daß das Erfordernis der „fremden Sache" bei der Unterschlagung deshalb gerechtfertigt sei, da es sich

bei diesem Vergehen um die Verletzung des *Eigentums* handele, was bei der Untreue, die die Verletzung des *Vermögens* behandele, nicht zutreffe. Da das Vermögen ein wirtschaftlicher Begriff sei, sei eine Verfügung des Bevollmächtigten über ein Vermögensstück des Auftraggebers dann zu dessen Nachteil erfolgt, wenn sie seine wirtschaftliche Lage bezüglich des betreffenden Aktivums ungünstig beeinflusse.

Dieser Ansicht gegenüber läßt sich zunächst einmal einwenden, daß die Bezeichnung „Eigentum an Forderungen" der früheren Rechtsauffassung entsprach, wonach ein Eigentum an Rechten möglich war (vgl. dazu die oben S. 28 mitgeteilten Entscheidungen des preuß. Obertribunals). Sodann aber stellen Forderungen, die ja nach dem klaren Wortlaut des § 266 StGB. auch „Vermögensstücke" sind, einen rein zivilrechtlichen Begriff dar. Mit Recht weisen daher *Draheim* (S. 38) und *Hirschfeld* (S. 82) darauf hin, daß es nicht angeht, einen Teil der Vermögensstücke, nämlich die Forderungen, nach zivilrechtlichen und den anderen nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten zu beurteilen. Außerdem würde die Schöpfung eines vom zivilrechtlichen Eigentum abweichenden „strafrechtlichen Eigentums" zu der gleichen Rechtsunsicherheit führen wie der von *Peterson* gemachte Vorschlag. Dazu würde aber noch hinzukommen, worauf *Merkel* (S. 694) zutreffend aufmerksam macht, daß das in den Tatbeständen der Unterschlagung und des Diebstahls enthaltene Tatbestandsmerkmal der Fremdheit der Sache in gleicher Weise ausgelegt werden müßte, eine Folge, die von *Kronecker* selbst nicht gewünscht wird. Wohl ist es richtig, daß die Untreue im Gegensatz zur Unterschlagung eine Vermögensverletzung bestrafen will, die Eigentumsfrage ist aber deshalb nicht zu umgehen, weil das Gesetz als Mittel der Begehung das Verfügen über eine *fremde* Sache fordert.

Die Theorie vom strafrechtlichen Eigentum ist daher auch allgemein abgelehnt worden (vgl. *Freudenthal,* S. 112, 143; *Binding,* Lb. S. 402, 240; *Merkel,* S. 694; *Draheim,* S. 38; *Ammon,* S. 78; *Hirschfeld,* S. 83). Das Reichsgericht hat teils ausdrücklich, teils stillschweigend den Standpunkt eingenommen, daß für die Beurteilung der Eigentums- und Gläubigerverhältnisse die Bestimmungen des Zivilrechts maßgebend sind (vgl. RGSt. 2, 188; 3, 150; 13, 275; 20, 436; 56, 121; Rspr. 5, 168; 5, 542; 10, 715). In JW. 29, 2731 spricht der 1. Senat des RG. allerdings von der dem Bevollmächtigten „wirtschaftlich" fremden Sache, wogegen *Mayer* (Anm. dazu), der ebenso wie das RG. die Treubruchstheorie verficht und für die Anwendbarkeit des geltenden Rechts auf die Problemfälle eintritt, „schwerste Bedenken" hegt. In der Entscheidung vom 19. November 1931 (JW. 32, 1746) hat jedoch der 3. Senat das angeführte Urteil dahin erläutert, daß keine Rückkehr zum wirtschaftlichen Eigentum damit habe befürwortet werden sollen. Nur deshalb, weil der Anspruch auf Ausantwortung eines bestimmten Gegenstandes ein Vermögensstück im Sinne der Rechtsordnung sei, sei der Anspruch der Untreue zugänglich. Damit hat das RG. klargestellt, daß es nach wie vor das Zivilrecht auch bei der Beurteilung der Untreue zugrunde legen will.

Gegen die Anwendung „spitzfindig ausgeklügelter bürgerlichrechtlicher Begriffsbestimmungen" bei der Auslegung des Untreuetatbestandes wendet sich neuerdings *Weinmann* (a. a. O. S. 35/36) mit der Begründung, daß allein maßgebend sei, ob das Vorgehen des

Bevollmächtigten geeignet sei, den Vollmachtgeber zu schädigen oder zu gefährden.

Für die vorliegende Untersuchung ist jedoch aus den oben mitgeteilten Gründen davon auszugehen, daß als unerläßliche Grundlage für die Eigentums- und Gläubigerverhältnisse die Bestimmungen des Zivilrechts herangezogen werden müssen, da andererseits die Gefahr besteht, „ins Uferlose zu geraten" (*Mayer*, Anm. JW. 29, 2731). Gerade die Verhältnisse bei der verdeckten Stellvertretung und Treuhand zeigen, daß eine Klärung ohne zivilrechtliche Erörterungen gar nicht möglich erscheint.

IV. Die Vermögensstücke, über welche der mittelbare Stellvertreter zu verfügen in der Lage ist, und die Eigentums- und Gläubigerverhältnisse daran

Bei der Prüfung der Frage, ob sich der verdeckte Stellvertreter einer Untreue schuldig gemacht hat, ist besonders zu beachten, daß als Handlungsobjekte *drei* Gruppen von Vermögensgegenständen in Betracht kommen.

Was den Einkaufskommissionär anlangt, so ist dieser einmal in der Lage, über die zur Ausführung der Einkaufskommission vom Kommittenten erhaltenen *Mittel* (Bargeld, Akzepte, Kredite) zu verfügen, zum andern über die von dem Dritten gelieferten *Waren* oder Wertpapiere, und schließlich über die auf Grund des Vertrages mit dem Dritten ihm zustehende *Forderung* auf Erfüllung oder Schadenersatz.

In entsprechender Lage befindet sich der Verkaufskommissionär: Er erhält einmal vom Kommittenten *Waren* oder Wertpapiere, die er der Kommission gemäß veräußern soll. Sodann nimmt er von dem Dritten den *Erlös* aus dem Geschäft in Empfang, und endlich ist er Träger der aus dem Verkaufsvertrag entspringenden *Forderung* auf Zahlung.

Beim Treuhänder handelt es sich dagegen nur um *einen* Vermögensgegenstand, der Objekt der Untreue sein kann, nämlich um die Sache oder das Recht, das zu treuen Händen übertragen worden ist.

Nach Maßgabe dieser Möglichkeiten soll auch im folgenden die Untersuchung der Eigentums- und Gläubigerverhältnisse vorgenommen werden.

1. Die Rechte des Einkaufskommissionärs

a) an den ihm zum Zwecke des Einkaufs von Waren oder Wertpapieren vom Kommittenten übergebenen Mitteln (Bargeld, Akzepte, überwiesene Bankguthaben)

Wenn der Kommittent dem Einkaufskommissionär aus Anlaß und zur Durchführung der Kommission Bargeld (Geldstücke oder Papiergeld) aushändigt, so ist es Tatfrage, ob das Eigentum daran auf den Kommissionär übergegangen ist. Entscheidend ist der Wille des Kommittenten (RGZ. 101, 307). Sofern der Kommittent nach seinem ausdrücklich erklärten Willen Eigentümer bleiben will, kann nur durch Vermischung ein Miteigentumsrecht des Kommissionärs begründet werden (§§ 948, 947 BGB.).

Ist ein Wille des Kommittenten nicht ausdrücklich erklärt, so ist aus der gesamten Sachlage, insbesondere aus dem Geschäftszweck zu ermitteln, ob der Wille auf die Übertragung des *Eigentums* oder bloß des Besitzes, wenn auch mit der Befugnis, darüber im Rahmen des Kommissionsauftrages zur Verwirklichung des Vertragszweckes zu verfügen, gerichtet war (RGSt. 56, 121). Im letzteren Falle bleibt der Kommittent Eigentümer des Geldes bis zu dessen entsprechender Verwendung (*Staub*, HGB., Anm. 23 b zu § 383 HGB.; WarnRspr. 18 Nr. 117).

Nicht zu billigen ist die Ansicht des Reichsgerichts in dem Urteil vom 20. April 1914 (Recht, 1914 Nr. 2799), in dem es die Geldleistung des Kommittenten „im Zweifel" als Vorleistung auf die ihm, dem Kommittenten, erwachsenden Verbindlichkeiten (§ 396 HGB., §§ 675, 670 BGB.) dem Kommissionär gegenüber angesehen wissen will, und der Kommissionär demzufolge Eigentümer des Geldes werden soll. Als Regelfall ist vielmehr der anzunehmen, daß der Kommittent mit der Hingabe des Geldes den Kommittenten nur in die Lage versetzen will, die Kommission durchzuführen und die Waren anzuschaffen. Der Kommissionär verfügt über das Geld als fremdes, nur mit der Ermächtigung (§ 185 BGB.) des Kommittenten, es im Interesse der Kommission zu verwenden. Vor Ausführung der Kommission hat der Kommittent kein Interesse daran, etwas auf eine künftige Verbindlichkeit zu leisten. Sein Interesse geht vielmehr dahin, sich seines Eigentums aus Gründen der Sicherheit erst dann zu erledigen, wenn es in seinem Interesse verwendet wird. In Zweifelsfällen ist daher davon auszugehen, daß er nur den Besitz übertragen hat.

Erhält der Kommissionär vom Kommittenten zur Anschaffung des Kommissionsguts nicht Bargeld, sondern ein Akzept des Kommittenten mit dem Auftrage, dieses zunächst zu versilbern oder dem Dritten dieses unmittelbar in Zahlung zu geben, so gilt bezüglich der Eigentumsverhältnisse dasselbe wie beim Bargeld, abgesehen von dem Fall des stillen Prokuraindossaments, der unten bei der Treuhand erörtert werden soll (S. 42). Zweifelhaft erscheint bei dem Blankoakzept, ob es überhaupt einen Wert darstellt, solange es in Besitz des Akzeptanten oder dessen Bevollmächtigten ist.

Das Reichsgericht hat diese Frage in ständiger Rechtsprechung bejaht (RGSt. 10, 385; 13, 376 insbesondere 380; 14, 184 insbesondere 185; 23, 315 insbesondere 317; 42, 227 insbesondere 228; LZ. 1926, S. 1272, Nr. 3).

Es führt in diesen Entscheidungen aus, daß die Frage nicht lediglich unter dem wechselrechtlichen Gesichtspunkt zu betrachten sei. Vermögensrechtlich und wirtschaftlich betrachtet könne der Wechsel nicht nur für den Wechselgläubiger, sondern auch für den Akzeptanten — und zwar vor der Besitzentäußerung — positiven Wert haben, gerade weil durch die Beisetzung des Akzeptes der Wechsel zum Träger einer Forderung werde. Der Belastung des Vermögens mit einer Schuld in Höhe der Wechselsumme stehe der Erwerb des Anspruchs auf eine Valuta gegenüber, der unter Umständen vorteilhaft sein könne jener gegenüber. Das umlauffähige Wechselakzept habe seinen Wert schon an sich, nicht erst die Annahme gebe ihm seinen Wert, sondern sie sei nur die Folge und die Anerkennung, daß der Kredit des Akzeptanten vorhanden sei. Der Vermögenswert liege auch darin, daß, so lange der Wechsel sich in Händen des Akzeptanten befinde, dessen Vermögen nicht durch mißbräuchlichen Gebrauch durch einen Dritten geschädigt werden könne.

Gegen diese Auffassung des RG. hat sich fast einhellig das gesamte Schrifttum gewandt (*Freudenthal,* S. 111; *Binding,* S. 401; *Ammon,* S. 74; *Draheim,* S. 31; u. a.). In der Begründung wird mit Recht geltend gemacht, daß die Konstruktion des RG. viel zu künstlich sei, daß der Akzeptant durch das Eigentum und den Besitz des Akzeptes, abgesehen von dem geringen stofflichen Wert des Papiers, keineswegs reicher ist. Lediglich in dem Falle kommt dem Wechsel eine vermögensrechtliche Bedeutung zu, wenn er auf den Akzeptanten indossiert ist.

Der letzte denkbare Fall, daß der Kommittent, um dem Kommissionär die Mittel zum Einkauf zu verschaffen, sein Bankguthaben überschreiben läßt, soll unten bei der Treuhand untersucht werden (S. 41 unten).

b) Die Rechtsverhältnisse an der Forderung gegen den Dritten auf Lieferung der Waren oder Wertpapiere

Die Forderung auf Lieferung der eingekauften Waren oder Wertpapiere entspringt dem Kaufvertrag, den der Kommissionär im eigenen Namen mit dem Dritten geschlosesn hat. Gläubiger dieser Forderung ist demnach nur der Kommissionär, nicht der Kommittent, der zu dem Dritten in keinem Rechtsverhältnis steht. (RGSt. 20, 362). Der Kommittent kann die Forderung dem Dritten gegenüber erst nach der Abtretung geltend machen, was ausdrücklich in § 392 Absatz I HGB. bestimmt ist, der sich nicht etwa nur auf die Geldforderung des Verkaufskommissionärs bezieht, sondern auf alle Forderungen des Kommisionärs aus dem Ausführungsgeschäft. Möglich ist allerdings bereits eine Abtretung *vor* Entstehung der Forderung (GoltA. 59, 339).

An diesen Rechtsbeziehungen des Kommissionärs und Kommittenten dem Dritten gegenüber ändert auch der Absatz II des § 392 HGB. nichts. Danach gelten solche Forderungen, auch wenn sie nicht abgetreten sind, im Verhältnis zwischen Kommittenten und Kommissionär oder dessen Gläubigern als Forderungen des *Kommittenten.* Durch diese Bestimmung ist kein dingliches, sondern nur ein persönliches Rechtsverhältnis hergestellt (*Staub,* HGB., Anm. 5 zu § 392, S. 685). Mit Recht führt das Reichsgericht (RGSt. 20, 358 insbesondere 363; 61, 341, insbesondere 343) hierzu aus: Es ist logisch unmöglich, daß ein und dieselbe Forderung rechtlich und ihrer Substanz nach Bestandteil einmal des Vermögens des Kommissionärs und gleichzeitig, unter Ausschluß des letzteren vom Gläubigerrecht, des Vermögens des Komittenten sei. Nur das eine oder das andere ist möglich.

Allerdings beruht die Vorschrift des § 392 Absatz II HGB. auf dem Gedanken der dinglichen Surrogation (*Staub,* Anm. 3 zu § 392, S. 684): An Stelle der vom Kommittenten empfangenen Vermögensstücke tritt die durch den Kaufvertrag erlangte Forderung gegen den Dritten. Wie oben dargelegt ist, bleiben aber die dem Kommissionär ausgehändigten Mittel im Eigentum des Kommittenten, so daß bei strenger Durchführung des Grundsatzes der Surrogation (vgl. §§ 1381, 1646 BGB.) auch die Forderung dem Kommittenten zustehen müßte. Der Gesetzgeber hat jedoch diese Folgerung nur in beschränktem Umfange gezogen, indem er die Surrogationswirkung nur gegenüber dem Kommissionär und dessen Gläubigern eintreten ließ. Die Einbeziehung der Gläubiger des Kommissionärs beruht auf der Er-

wägung, daß diese wissen, daß ein gewerbsmäßiger Kommissionär vielfach fremdes Vermögen in Händen hat (*Staub*, a. a. O.).

Nicht unerwähnt soll bleiben, daß bei Beratung des BGB. eine dem § 392 Absatz II HGB. entsprechende Bestimmung für das Auftragsverhältnis allgemein eingeführt werden sollte (Protokolle, II. Bd., S. 360), allerdings mit der Einschränkung, daß dies insoweit nicht gelten sollte, als Gegenforderungen aus dem Auftragsverhältnis bestünden.

Zur Begründung des Antrages wurde angegeben, daß — was hier besonders bemerkenswert ist — die Vorschrift des HGB. nicht mit den Besonderheiten des kaufmännischen Kommissionsgeschäfts zusammenhinge, sondern ihren Grund darin habe, daß der Kommissionär Gläubiger für fremde Rechnung sei und zu der abzutretenden Forderung in einem *fiduziarischen* Verhältnis stehe. Die Forderung sei von Anfang an rechtlich nicht für das Vermögen des Beauftragten, sondern für das des Auftraggebers bestimmt; deswegen dürfe der Beauftragte über sie nicht zu eigenen Zwecken verfügen, da er sich sonst einer *strafbaren Untreue* schuldig mache (§ 266 Ziffer 2 StGB.).

Der Antrag wurde abgelehnt (Prot. S. 361, 363). Es wurde darauf hingewiesen, daß der Auftraggeber bei der mittelbaren Stellvertretung die Gefahr trage, daß der Beauftragte insolvent werde und andere Gläubiger des Beauftragten dem Auftraggeber zuvorkämen. Der Kredit würde erheblich gestört werden, wenn die Gläubiger einer Person nicht mehr sicher wären, daß das Vermögen, welches sich äußerlich als ihr gehörig darstelle, auch rechtlich entsprechend behandelt würde. Bei mehreren Auftraggebern würden sich auch Schwierigkeiten wegen der Gegenforderungen ergeben. Die Heranziehung strafrechtlicher Gesichtspunkte sei durchaus unerwünscht. Es sei nicht angängig, zweifelhafte zivilrechtliche Fragen auf das Gebiet des Strafrechts hinüberzuspielen und die Strafgerichte mit der Lösung von derartig verwickelten Verhältnissen zu belasten. Die Bestimmungen des BGB. beträfen spezielle Verhältnisse.

Es wird dann weiter das oben von der Surrogation Gesagte angeführt (Prot. a. a. O.).

Die Ausdehnung der Bestimmung des § 392 Absatz II HGB. auf das Auftragsverhältnis im allgemeinen ist übrigens im Schweizer Obligationenrecht durchgeführt (Art. 402). Danach *gehen* Forderungsrechte, die ein Beauftragter im eigenen Namen gegen Dritte erwirbt, *ipso ure* auf den Auftraggeber *über*, soweit dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist.

Es ist also zusammenfassend festzustellen, daß der mittelbare Stellvertreter, insbesondere auch der Kommissionär, trotz des § 392 Absatz II HGB., Gläubiger der Forderung aus dem Ausführungsgeschäft wird und dem Machtgeber nur ein obligatorischer Anspruch gegen ihn auf Abtretung dieser Forderung zusteht. Der Gläubiger ist also *rechtlich* in der Lage, wirksam über die Forderung zu verfügen, die einer schuldrechtlichen Gebundenheit unterliegt.

Tritt der Kommissionär gegen Entgelt an einen Außenstehenden ab, so verliert der Kommittent sogar seine Rechte aus § 392 Absatz II HGB., da es sich um keine der Personen handelt, gegen die die Surrogation wirkt (*Mosse-Heymann*, HGB., Anm. 5 zu § 392). Der

Dritte erwirbt die Forderung vom *Gläubiger,* so daß es auf seinen guten Glauben gar nicht ankommt, ganz abgesehen davon, daß ein Forderungserwerb kraft guten Glaubens gar nicht möglich wäre.

c) Die Rechte des Einkaufskommissionärs an den auf Grund des Kaufvertrages von dem Dritten gelieferten Waren oder Wertpapieren

Die Frage, wer Eigentümer des eingekauften Kommissionsgutes wird, ist in den handelsrechtlichen Bestimmungen nicht behandelt. Lediglich aus § 7 DepG. könnte man schließen, daß der Einkaufkommissionär von Wertpapieren auch Eigentümer der Papiere wird. Der Satz 2 des Absatzes I des § 7 DepG. würde dem nicht entgegenstehen. Danach bleiben die Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, nach welchen der Übergang des Eigentums auf den Kommittenten schon in einem früheren Zeitpunkt eintritt, unberührt. Auch diese Vorschriften — gedacht ist insbesondere an die Übereignung im Wege des antizipierten Besitzkonstituts (§§ 930, 868 BGB.) — setzen voraus, daß zunächst der Kommissionär Eigentümer geworden ist. Aus § 7 DepG. können aber keine allgemeinen Schlüsse gezogen werden, da er nur die besonderen Verhältnisse beim bank- und börsenmäßigen Einkauf von Wertpapieren berücksichtigt. Dasselbe gilt von der Bestimmung des § 226 HGB., wonach eine Aktiengesellschaft eigene Aktien nicht erwerben soll, sofern nicht eine Kommission zum Einkauf ausgeführt wird. Immerhin geben diese beiden gesetzlichen Vorschriften einen Anhaltspunkt dafür, daß das Eigentum nicht ohne weiteres auf den Kommittenten übergeht.

Im übrigen sind für die Eigentumsverhältnisse am Kommissionsgut die allgemeinen bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen, also insbesondere die §§ 929 ff. BGB. maßgebend. Allerdings ist auch für diese Fälle Voraussetzung, daß zunächst der Kommissionär Eigentümer geworden ist, denn Veräußerer im Sinne dieses Abschnittes ist der Kommissionär, nicht etwa der Dritte. Der Fall, daß das Eigentum *unmittelbar* vom Dritten auf den Kommittenten ohne die Zwischenperson des Kommissionärs übergeht, ist vom Gesetz überhaupt nicht ausdrücklich geregelt. Diese zweite Möglichkeit des Eigentumserwerbes des Kommittenten hängt mit dem Problem des Rechtserwerbes durch den stillen oder verdeckten Stellvertreter und dem des „Geschäftes, wen es angeht" zusammen, das noch sehr umstritten ist und auf das im Rahmen dieser Untersuchung nicht ausführlich eingegangen werden kann.

Das Reichsgericht hat unzulässigerweise beide Eigentumserwerbsmöglichkeiten miteinander vermischt. In der Entscheidung RGZ. 100, 192 hat sich das RG. beim Einkauf von Einrichtungsgegenständen durch den Bräutigam mit dem Gelde seiner Braut in deren Auftrag dahin ausgesprochen, daß für die Eigentumsverhältnisse an den Gegenständen das *Innenverhältnis* maßgebend ist, indem infolge eines antizipierten Besitzkonstituts (§§ 930, 868, Auftrag als Besitzmittlungsverhältnis) der Bräutigam unmittelbar Fremdbesitzer und die Braut mittelbare Eigenbesitzerin würde. Kurz zuvor führt aber das RG. noch aus, daß bei Gleichgültigkeit auf seiten des Verkäufers — also bei Geschäft, wen es angeht — das Eigentum *ohne weiteres* der Person im Hintergrunde zufalle.

Im Falle einer Verkaufskommission (RG. in JW. 1930, S. 2708) nimmt das RG. bezüglich des Erlöses an, daß die Gelder nach der

Vereinbarung der Parteien im Wege des im voraus vorgenommenen *Besitzkonstituts* sofort mit der Auszahlung an den Verkaufskommissionär in das Eigentum gehen sollten, daß aber Voraussetzung dafür sei, daß den Käufern *gleichgültig* sei, auf wen sie das Eigentum übertrügen.

Diese Auffassung ist unhaltbar. Richtig ist vielmehr allein, daß die verdeckte Person *entweder* unmittelbar durch Geschäft, wen es angeht, *oder* mittelbar durch Besitzkonstitut Eigentum erwirbt. Die Verbindung beider Wege erscheint nicht folgerichtig.

Was nun die beiden Eigentumserwerbsarten anlangt, so ist bezüglich des unmittelbaren Erwerbes auch nicht zutreffend, wenn das RG. meint, daß es auf den Willen des Veräußerers — hier also des Dritten — nur dann ankomme, wenn für ihn ein besonderes Interesse bestehe, daß gerade sein Vertragsgegner und niemand anderes Eigentümer werden solle. Das allein genügt noch nicht. Vielmehr muß außerdem der Kommissionär den Willen haben, für den Kommittenten Eigentum zu erwerben, und dieser Wille braucht nicht immer vorhanden zu sein. Es wird mit Recht von *Schmidt-Rimpler* (a. a. O. S. 928, 931) darauf aufmerksam gemacht, daß der Kommissionär sehr oft ein Interesse daran hat, zunächst selbst Eigentümer zu werden, und daß die Annahme, daß er für den Kommittenten erwerben wolle, nur eine unzulässige Unterstellung sei, die dem Wunsche entspränge, dem Kommittenten nach Möglichkeit das Eigentum zu verschaffen. Sodann muß aber der Wille des Kommissionärs, wenn er tatsächlich vorhanden ist, irgendwie zum Ausdruck gelangen, auch dann, wenn dem anderen Teil vermutlich die Rechtsfolge gleichgültig ist (*Schmidt-Rimpler*, S. 929 ff.). Aber auch auf seiten des Dritten ist zu beachten, daß er trotz des mangelnden *Interesses*, an wen das Eigentum kommt, durchaus nicht regelmäßig den *unbestimmten Willen* hat, sondern vielmehr auf den Kommissionär übereignen will.

Es ist daher *Schmidt-Rimpler* (S. 931) zuzustimmen, wenn er sich dahin zusammenfaßt:

„Hat der Dritte den Willen zur Übereignung auf den Kommissionär und will dieser, ohne es zu äußern, sich im Namen des Kommittenten einigen, so geht das Eigentum dennoch auf den Kommissionär über, da der nicht geäußerte Vertretungswille gleichgültig ist (§ 164 Absatz II BGB.)."

Abzulehnen ist somit die Theorie von *Langen* (S. 95), nach der nur auf den Willen des Einkaufskommissionärs abzustellen ist und je nachdem der Kommissionär oder der Kommittent Eigentümer des Kommissionsgutes wird. Irrig ist auch seine Ansicht (S. 105), daß *regelmäßig* der Kommissionär sich das Eigentum erwerben will.

Auch der Versuch *Müller-Erzbachs* (S. 26 ff.) ist als mißlungen zu bezeichnen. Er will eine Leistung des Dritten als unmittelbar an den Interessenten erfolgt gelten lassen, wenn es dessen Interessenstandpunkt verlangt, also insbesondere wenn der Interessent bereits Zahlung geleistet hat. Seine Befürchtungen, daß die Leistung des Dritten eine unverhoffte Beute der Konkursgläubiger des mittelbaren Stellvertreters werden könnte, ist zudem nur zum Teil begründet, da hier der oben erörterte § 392 HGB. und § 46 KO. eingreifen würden. Vor allem aber kann die Interessenlage, die nach außen hin ja nicht in Erscheinung tritt, nicht als Grundlage dinglicher Verhältnisse genommen werden.

Regelsberger (JherJ. 44, 392 ff.) vertritt die sogenannte Kausalitätstheorie. Er stellt lediglich auf ein objektives Moment ab, indem er die Person des dinglich Erwerbenden die persölichen Beziehungen des Grundgeschäftes bestimmen läßt, das durch die Übereignung erfüllt werden soll (S. 413, 415/16). Der Empfänger ist nach ihm erwerbsberechtigt, wenn er den Kaufvertrag im eigenen Namen abgeschlossen hat, sei es auch im Interesse und im Auftrag eines anderen. Zur Milderung von Härten bei Kommissionsgeschäften schlägt er einen Ausbau des dem § 392 Absatz II HGB. zugrunde liegenden Gedankens vor. Die Ansicht, die also immer dazu führt, daß der Kommissionär Eigentümer wird, ist deswegen unhaltbar, weil sie den Parteiwillen vollkommen ausschaltet.

Lediglich auf Grund der Praktikabilität der Resultate will *Rümelin* (ArchZivPrax. 93, 131 ff., insbesondere 241 ff.) dahin kommen, daß der wahre Berechtigte auf Grund des zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen bestehenden Verhältnisses bestimmt werde, wobei er davon ausgeht, daß die Interessenlage zwischen Kommissionär und Kommittenten eine möglichst baldige Eigentumsübertragung wünschenswert erscheinen lasse (S. 245). Die Ansicht ist aus den gleichen Gründen wie oben bei der Interessentheorie Müller-Erzbachs abzulehnen. Auch die Praktikabilität ist kein sicheres Kennzeichen für die Feststellung dinglicher Verhältnisse.

Petri (ArchZivPrax. 111, 359 ff. insbesondere 382 ff.) konstruiert einen direkten Eigentumsübergang folgendermaßen: Der Kommissionär ist kraft des gesetzlichen Pfandrechtes dem Kommittenten gegenüber zum Besitze berechtigt und zur vorläufigen Aufbewahrung verpflichtet. Andererseits ist er zur Herausgabe verpflichtet, so daß das Erfordernis zum Erwerb mittelbaren Besitzes erfüllt ist. In dem Augenblick, in dem der Kommissionär unmittelbaren Besitz erlangt, wird der Kommittent auf Grund des Kommissionsgeschäftes, welches die bestimmten gesetzlichen Folgen nach sich zieht, zum mittelbaren Besitzer. Ein Besitzkonstitut ist entbehrlich, da der Kommittent nach § 929 BGB. (durch mittelbaren Besitz, welcher für § 929 BGB. ausreicht) direkt Eigentümer wird.

So zutreffend zunächst die Ausführungen Petris erscheinen, so lassen sie sich doch deswegen nicht halten, weil nach den Bestimmungen der §§ 929 ff. BGB. die Besitzverschaffung vom *Veräußerer* ausgehen muß. Hier beruht jedoch das Besitzmittlungsverhältnis auf dem *Gesetz* und obendrein noch auf einer Bestimmung, die nur das Kommissionsverhältnis betrifft.

Zu Anfang seiner Untersuchung weist *Petri* (S. 362) auf § 398 HGB. hin, ohne jedoch aus dieser Bestimmung einen endgültigen Schluß auf die Eigentumsverhältnisse ziehen zu wollen. In dieser Bestimmung heißt es: „Der Kommissionär kann sich, auch wenn er Eigentümer des Kommissionsgutes ist, ...“ Petri will daraus schließen, daß der Kommissionär in der Regel also nicht Eigentümer ist. Ebensogut läßt sich jedoch sagen, daß der Fall des § 398 HGB. gesetzlich geregelt ist, *weil* er praktisch so häufig vorkommt (so auch: *Schmidt-Rimpler*, S. 926) und das Wörtchen „auch“ sich auf das pfandähnliche Recht bezieht, welches — hierin ruht die Ausnahme von § 397 HGB. — an eigenen Sachen nicht ohne weiteres denkbar zu sein braucht.

Die Versuche, einen direkten Eigentumsübergang vom Dritten auf den Kommittenten ohne erkennbare Willensbetätigung des Kom-

missionärs dem Dritten gegenüber müssen daher als gescheitert betrachtet werden.

Wesentlich klarer liegen die Verhältnisse bei der Eigentumsübertragung mittels Besitzkonstiutes. Die Zulässigkeit des antizipierten Besitzkonstituts ist jetzt fast allgemein anerkannt. Möglich ist auch der Abschluß des Konstitutes durch den Kommissionär mittels In-sich-Geschäfts (§ 181 BGB.). Erforderlich ist jedoch immer, daß im Augenblick der Besitzerlangung bei beiden Teilen noch Willensübereinstimmung besteht, insbesondere muß also der Kommissionär den Willen haben, seinen Eigenbesitz in Fremdbesitz zu verwandeln, wozu es einer äußerlich in Erscheinung tretenden Ausführungshandlung bedarf (von den zahlreichen RG.-Entscheidungen vgl. RGZ. 56, 52 insbesondere 54; 73, 415 insbesondere 418; Gruch 53, 1045 insbesondere 1049; RGSt. 2, 186 insbesondere 188).

2. Die Eigentums- und Gläubigerverhältnisse bei der Verkaufskommission

Der Verkaufskommissionär wird regelmäßig nicht Eigentümer der ihm zum Zwecke des Verkaufs übergebenen Kommissionswaren, da der Zweck der Übergabe die Eigentumsübertragung nicht erfordert. Die Übergabe soll den Kommissionär nur in den Stand setzen, dem Dritten (Käufer) mit Einwilligung des Kommittenten (§ 185 BGB.) das Eigentum zu verschaffen (*Staub,* HGB., Anm. 35 b zu § 383, S. 637; *Schmidt-Rimpler,* S. 922; *Petri,* S. 390). Die Kommissionswaren sind daher für den Kommissionär fremde Sachen (KG. in ZStW. 44, 615).

Möglich ist jedoch eine Eigentumsübertragung auf den Kommissionär zu seiner Sicherung über das gesetzliche Pfandrecht hinaus für geleistete Vorschüsse (Schmidt-Rimpler, a. a. O.). Regelmäßig wird aber eine solche Vereinbarung nicht getroffen sein.

Staub (a. a. O.) vergleicht das Verhältnis zwischen Verkaufskommissionär und -kommittenten hinsichtlich des übergebenen Gutes mit einem *Treuhand*verhältnis, bei dem ein Lagerbestand mit der Abrede zu Eigentum übertragen wird, daß der Erlös an den Treugeber abgeführt wird (WarnRspr. 2 — 1908/09 — Nr. 454). Auch das Kommissionsverhältnis, meint Staub, erschöpfe sich in dem Veräußerungsrecht des Verkaufskommissionärs und dessen Pflicht, das Erlangte dem Kommittenten abzuliefern.

Der Vergleich Staubs ist jedoch deswegen unpassend, weil bei der Verkaufskommission infolge des Verbleibens des Eigentums beim Kommittenten gerade das für ein Treuhandverhältnis begriffswesentliche Merkmal des *Eigenrechts* des Treuhänders nicht vorhanden ist.

Häufig kommt es vor, daß sich der Kommittent das Eigentum an der Kommissionsware ausdrücklich vorbehält. Hier sind zwei Fälle zu unterscheiden: Lautet die Vereinbarung dahin, daß das Eigentum erst mit der völligen Zahlung des Kaufpreises übergehen soll, so liegt überhaupt kein Kommissionsverhältnis, sondern ein *Verkauf* unter Eigentumsvorbehalt vor (RGZ. 64, 204; *Staub,* HGB., Anm. 9 zu § 383, S. 612). Eine Auslegung der Abrede dahin, daß sich der Kommissionär dem Dritten gegenüber das Eigentum vorbehalten soll, dürfte zu weit gehen. Hat sich der Kommissionär das Eigentum ohne nähere Bestimmung vorbehalten, so hat das weiter keine Bedeutung, da ja das Eigentum sowieso beim Kommittenten verbleibt. Es dient nur zur Hervorhebung des Eigentumrechts Dritten gegen-

über und beruht auf dem Wunsche des Kommittenten, sich nach jeder Richtung hin zu sichern (RGZ. 110, 120 insbesondere 123). Da die Sache zum Zwecke des Weiterverkaufs an den Kommissionär ausgehändigt ist, hat der Eigentumsvorbehalt nur bis zum Verkauf an den Dritten Geltung. Der Dritte erwirbt also, auch wenn er den Eigentumsvorbehalt kennt, das Eigentum auf Grund des § 185 BGB.

Fraglich könnte sein, ob nicht in einem Eigentumsvorbehalt des Kommittenten gleichzeitig ein antizipiertes Besitzkonstitut bezüglich des Erlöses liegen soll. Mangels bestimmter Anhaltspunkte wird man das jedoch nicht annehmen können.

Was die Forderung des Kommissionärs auf Zahlung des Erlöses anlangt, so gilt hier das gleiche wie bei der Forderung des Einkaufskommissionärs auf Lieferung. Alleiniger Gläubiger wird also der Kommissionär. Der Kommittent tritt zu dem Dritten in keinerlei Rechtsbeziehungen. Die Bedeutung des § 392 Absatz II HGB. ist dieselbe wie die bei der Einkaufskommission (S. 34—35).

Wegen der Eigentumsverhältnisse am Erlöse entstehen bei der Verkaufskommission die gleichen Fragen wie bei der Einkaufskommission bezüglich der eingekauften Waren. Ein *un*mittelbarer Eigentumserwerb des Kommittenten wird jedoch noch seltener vorkommen als bei der Einkaufskommission, da es wegen der Vertretbarkeit des Geldes und der Gefahr des Eigentumsverlustes durch Vermischung nicht üblich ist, die schon an und für sich ungewöhnliche Form des *un*mittelbaren Überganges zu wählen. Es wird also hier regelmäßig beim Kommissionär an dem Willen fehlen, für den Kommittenten zu erwerben.

Häufiger ist dagegen bei der Verkaufskommission die Eigentumsübergangsregelung durch Besitzkonstitut. Es wird so z. B. vereinbart, daß der Kommissionär die Gelder sofort nach Empfang getrennt von den seinen — etwa in einem besonderen Behälter — aufbewahrt, dem Kommittenten in bestimmten Zeitabschnitten Rechnung legt und den Überschuß dem Kommittenten übersendet (vgl. JW. 1930, S. 2708). Hier wird der Kommittent bereits in dem Augenblick Eigentümer der Gelder, in dem der Kommissionär die Gelder *mit dem Übertragungswillen* in die besondere Kasse oder dergleichen legt. Die abgesonderte Aufbewahrung allein würde noch nicht genügen.

3. Die dingliche Rechtslage bei den Treuhandverhältnissen

Was zunächst die Übereignung anlangt, so wird der Treuhänder sowohl bei der Verwaltungs- als auch bei der Sicherungstreuhand vollberechtigter Eigentümer der Sache. Er unterliegt lediglich einer schuldrechtlichen Gebundenheit dahin, daß er das Eigentum nur zu dem der Treuhand zugrunde liegenden Zwecke, also entweder in ausschließlichem Interesse des Treugebers (so bei der Verwaltungstreuhand) oder im Rahmen des Sicherungszweckes (bei der Sicherungstreuhand) gebrauchen soll (*Planck*, Anm. 5 zu § 930, S. 371; RGSt. 61, 65; 64, 419). In RGSt. 61, 65 wird zutreffend darauf hingewiesen, daß der Gesichtspunkt eines *gespaltenen* Eigentums in dem Sinne, daß der Treuhänder nur nach außen, d. h. Dritten gegenüber, nicht aber im Innenverhältnis dem Treugeber gegenüber, Eigentümer sein soll, unhaltbar ist. Hieran ändert nichts, daß das RG. in ständiger Rechtsprechung auf dem Gebiete des Konkursrechts dem Treugeber im Konkurs des Treuhänders ein Aus-

sonderungsrecht an den treuhänderisch übereigneten Sachen gegeben hat (vgl. die in RGSt. 61, 65 angeführten Entscheidungen) und desgleichen auf dem Gebiete des Pfändungsrechts an einer treuhänderischen Hypothek und einer sicherheitshalber übereigneten Sache ein Widerspruchsrecht des Treugebers nach § 771 ZPO. zubilligt (RGZ. 79, 121; 124, 173). Das *dinglich-rechtliche* Eigentum — im Gegensatz zum *wirtschaftlichen* im Sinne konkurs- und vollstreckungsrechlicher Bestimmungen — steht dem Treuhänder auch dem Treugeber gegenüber in vollem Umfang zu.

Denkbar und zulässig ist allerdings, daß der schuldrechtlichen Gebundenheit des Treuhänders dingliche Wirkung verschafft wird, indem die Übereignung unter einer auflösenden Bedingung erfolgt (*Dernburg,* S. 567). Inhalt der Bedingung braucht nicht nur die Tilgung der Schuld zu sein (so: *Biermann,* Anm. 3 a zu § 1205, S. 638), sondern es kann auch zur auflösenden Bedingung die *zweckwidrige Verwendung* der Sache erhoben werden,was insbesondere bei Erwerb der Sache durch einen Dritten, der die Bedingung kennt, oder grobfahrlässigerweise nicht kennt, zur Bedeutung gelangen würde (§§ 158, Absatz II, 161, Absatz II, III, 932, Absatz II BGB.).

Nicht recht verständlich erscheint die von *Biermann* (a. a. O.) angeführte andere Möglichkeit einer Bedingung, daß der Gläubiger (Treuhänder) zunächst nur *aufschiebend* bedingt Eigentümer werden und erst mit der Nichtzahlung des Schuldners (Treugebers) unbedingtes Eigentum erhalten soll. Diese Vereinbarung dürfte gegen die Bestimmung des § 1229 BGB. verstoßen, wonach die *vor* der Verkaufsberechtigung des Pfandes getroffene Vereinbarung, nach der dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen soll, nichtig ist.

Bei der treuhänderischen Abtretung einer Forderung zu Verwaltungs- (insbesondere Inkasso-) oder Sicherungszwecken liegen die Verhältnisse genau so wie bei der Übereignung (vgl. *Planck,* II, 1, S. 552). Gläubiger der Forderung sowohl Dritten als auch dem Treugeber gegenüber ist allein der Treuhänder. Die ältere Auffassung des Reichsgerichts (GoltA. 50, 134; SeuffA. 46, 146) ist durch die oben angeführte Entscheidung RGSt. 61, 65 überholt. In der Entscheidung GoltA. 50, 134 versuchte das RG. die Abtretung im Innenverhältnis als nur zum Schein erfolgt hinzustellen, jedoch mit voller Wirkung nach außen hin.

Mit einer Analogie zu § 392 Absatz II HGB. arbeitete das RG. in SeuffA. 46, 146.

Beide Gesichtspunkte sind unhaltbar, da einerseits eine Abtretung nicht verschiedene Wirkungen haben kann und andererseits eine Analogie zu § 392 HGB. gar nicht dahin führen würde, daß der Treugeber Gläubiger der Forderung bleibt, da diese Bestimmung nur die persönlichen Beziehungen regelt (vgl. oben S. 34) und außerdem § 392 HGB. eine Ausnahmebestimmung darstellt, die auf andere Rechtsverhältnisse nicht angewandt werden kann (vgl. ebenfalls oben S. 34—35).

In RGSt. 56, 121 behandelt das RG. den Fall der Untreue eines Bevollmächtigten, auf den zwecks Durchführung des Auftrages ein Bankguthaben des Auftraggebers umgeschrieben worden war. Zutreffend bemerkt das RG., daß wirtschaftlich dasselbe vorliege wie bei der Abtretung einer Forderung „mit der Ermächtigung zur Einziehung im eigenen Namen". Nicht beizutreten ist jedoch der Ansicht,

daß für die Beurteilung der Frage, zu welchem Vermögen im Sinne der Bevollmächtigtenuntreue das Bankguthaben gehöre, das Innenverhältnis maßgebend sein soll. Das RG. verläßt damit wieder den Boden des Zivilrechts und läßt wirtschaftliche Gesichtspunkte entscheiden. Es liegt hier der gewöhnliche Fall einer Treuhand, und zwar einer Verwaltungstreuhand, vor. Berechtigt aus dem Bankguthaben ist sowohl nach außen als auch nach innen allein der Beauftragte. „Die Trennungslinie muß zwischen der Rechtsmacht des Treuhänders und seinem Schuldverhältnis zum Treugeber hindurch gezogen werden. Man darf nicht die Rechtsmacht des Treuhänders selbst quer durchschneiden und sie zum Teil der äußeren und zum Teil der inneren Seite zuweisen" (*Schultze, S. 30*).

In RGSt. 61, 174 bekennt sich das RG. ausdrücklich, jedoch ohne nähere Begründung, zum wirtschaftlichen Gesichtspunkt bei der Verwaltungstreuhand einer Grundschuld (vgl. auch RGSt. 61, 341 insbesondere 344).

Ein Fall der Treuhänderschaft ist auch das stille oder verdeckte Prokura- oder Inkassoindossament. Der Inkassomandatar soll den Wechsel im eigenen Namen geltend machen, aber im Auftrage und für Rechnung des Indossanten. Nach *Staub* (WO., Anm. 14 a zu Art. 17, S. 115) erscheint der Inkassoindossator nur für die Geltendmachung der Wechselrechte als Eigentümer. Der Umstand, daß er es in Wahrheit nicht sei, komme überall zur Geltung, wo sonst die Eigentumsfrage in Betracht komme, so für die Vindikation des Wechsels, für die Pfändung beim Indossatar und im Konkurs des Indossatars.

Diese Trennung von Wechsel- und Eigentumsrecht erscheint nicht begründet, da beide eng miteinander verknüpft sind. Zuzustimmen ist vielmehr der Meinung von *Schultze* (S. 55), wonach der Inkassoindossatar Eigentum *und* Gläubigerrecht am Wechsel zu treuen Händen erlangt. Wenn Schultze das Recht als auflösend bedingt durch das Erlöschen des Inkassomandats oder des zweckwidrigen Gebrauches hinstellt, so dürfte er damit den Parteien einen Willen unterstellen, der durchaus nicht so ohne weiteres angenommen werden kann.

4. Die Wesensverwandtschaft zwischen der mittelbaren Stellvertretung und der Treuhand

Nach Untersuchung der Eigentumsverhältnisse in den einzelnen Fällen, muß noch einiges über das Gemeinsame gesagt werden. Allen den eben geschilderten Verhältnissen ist ein und dasselbe Verhältnis zu eigen, das gerade auch die Schwierigkeiten bei der Beurteilung der zivilrechtlichen Verhältnisse verursacht. Sowohl bei der mittelbaren Stellvertretung als auch bei der Treuhand handelt es sich um eine Wahrnehmung „fremder Interessen" oder — was dasselbe ist — um ein Handeln „für fremde Rechnung". Im Gegensatz zur offenen Stellvertretung, bei der ja auch fremdes Interesse wahrgenommen wird, tritt bei der verdeckten Stellvertretung und der Treuhand das Moment der Wahrnehmung fremden Interesses nach außen hin *nicht* in Erscheinung.

Das sich hieraus ergebende Problem, in welcher Person die Wirkungen des Geschäfts eintreten sollen, also entweder in der der Mittelsperson oder der des wahren Interessenten, ist vom Gesetzgeber nur für die offene Stellvertretung — und zwar im letzteren Sinne —, gelöst

worden (§ 164 Absatz I, Satz 1 BGB.). Aus § 164, Absatz II BGB. kann kein Schluß auf die Rechtslage beim Handeln im eigenen Namen, aber für fremde Rechnung, gezogen werden, da hier davon ausgegangen wird, daß der Vertreter gerade *nicht* im eigenen Namen handeln will.

In der Rechtsprechung und Rechtslehre sind mehrere Versuche gemacht worden, eine Lösung zu finden, die sich unter drei Gesichtspunkten ordnen lassen:

Der weitestgehende Versuch ist der, die Wirkungen eines Rechtsgeschäfts sowohl nach der dinglichen als auch nach der schuldrechtlichen Seite hin durch die Annahme eines *„Geschäftes, wen es angeht"* nicht in der Person des Mittelmannes, sondern der des wirtschaftlich allein Berechtigten eintreten zu lassen. Der zugrunde liegende Gedanke ist der, daß im Geschäftsleben in der Regel derjenige aus dem Geschäft berechtigt und verpflichtet werden soll, für den das Geschäft wirtschaftlich gedacht war. Eine Stütze findet diese Ansicht in § 686 BGB., wonach bei Irrtum des auftraglosen Geschäftsführers (§ 677 BGB.) über die Person des Geschäftsherrn, der *wirkliche* Geschäftsherr aus der Geschäftsführung berechtigt und verpflichtet wird. Die Bedeutung dieser Vorschrift ist jedoch deswegen nicht allzu groß, weil sie nur das Verhältnis zwischen Geschäftsführer und Geschäftsherrn, also das Innenverhältnis, betrifft (OLG. 9, 10). Zu beachten ist andererseits, daß das Innenverhältnis seine Grundlage nicht auf Vertrag, sondern im Gesetz hat.

Eine ausdrückliche Erwähnung findet das „Geschäft, wen es angeht" in den versicherungsrechtlichen Bestimmungen des § 80 Absatz II VVG. und des § 781 Absatz II HGB. Danach liegt eine Versicherung „für Rechnung, wen es angeht" vor, wenn es unbestimmt ist, ob die Versicherung für eigene Rechnung oder für fremde genomemn ist. Die Vorschriften der Versicherung für *fremde* Rechnung finden bei der Versicherung für Rechnung „wen es angeht" nur dann Anwendung, *wenn sich ergibt,* daß fremdes Interesse versichert ist. Anderenfalls gilt sie als für eigene Rechnung des Versicherungsnehmers geschlossen (§ 781, Absatz III HGB., § 80, Absatz II VVG.).

Diese gesetzlichen Bestimmungen sprechen also durchaus gegen die allgemeine Annahme, daß bei einem Geschäft „wen es angeht" ohne weiteres das nicht erkennbar hervortretende Interesse für die Beurteilung der Sachlage maßgebend ist.

Zu der Versicherung für fremde Rechnung selbst sei hier übrigens noch bemerkt, daß sie für unsere Fälle der Wahrnehmung fremder Interessen keine Bedeutung hat. Erstens ist das fremde Interesse der Versicherung für fremde Rechnung nach außen hin erkennbar gemacht, indem der Versicherungsvertrag ausdrücklich „für einen anderen" geschlossen wird (§ 74 VVG., § 781, Absatz I HGB.), und außerdem braucht der Versicherungsnehmer nicht im Auftrage oder auch nur mit Wissen des zu Versichernden (Interessenten) gehandelt zu haben (§ 79, Absatz III, IV VVG.). Das Rechtsgeschäft ähnelt also einem Vertrag zugunsten Dritter (§§ 328 ff., insbesondere 330 BGB.). Im folgenden wird daher mangels wesentlicher Merkmale des echten Handelns im fremden Interesse auf die Versicherung für fremde Rechnung nicht weiter eingegangen.

Neben dem „Geschäft, wen es angeht" kommt als zweite Möglichkeit, die wirtschaftliche Lage bei Handeln im fremden Interesse mit

der rechtlichen in Einklang zu bringen, die Anwendung des Rechtsgedankens der *Surrogation* in Frage.

Dieser besagt, daß das „durch die Veräußerung von Vermögensgegenständen Erlangte *ohne weiteres* an Stelle des Veräußerten und *in dessen rechtliche Bestimmtheit* eintritt (pretium succedit in locum rei)" (RGZ. 105, 84). Im Gesetz ist der Grundsatz an zahlreichen Stellen zum Ausdruck gelangt.

So findet sich die Surrogation bei *dinglichen* Rechtsverhältnissen in den §§ 588, Absatz II, Satz 2 („Eisern Vieh stirbt nie"), 718, Absatz II (Surr. in das Gesellschaftsvermögen), 1075, 1287, 1258, Absatz III (Surr. des Nießbrauchs bzw. Pfandrechts an einer Forderung in die geschuldete Sache), 1370, 1638, Absatz II, 1651, Absatz II (Surr. in das Vorbehaltsgut der Ehefrau bzw. das freie Kindesvermögen) 1381, 1382, 1646 (Surr. in das Eingebrachte der Ehefrau bzw. des Kindesvermögen), 2041 (Surr. in den Nachlaß). Außerhalb des BGB. kommt der Surrogationsgedanke in den §§ 847, 848 ZPO. (Surr. des Pfändungspfandrechts an Forderungen in die geleistete Sache, wie in den §§ 1075, 1287, 1258 BGB.) und in § 46 KO. (Ersatzaussonderung) vor.

Was die *schuldrechtlichen* Verhältnisse anlangt, so ist hier der Surrogationsgedanke ebenfalls an mehreren Stellen des Gesetzes in Erscheinung getreten. Beispiele bieten die §§ 281 (sogenanntes stellvertretendes Kommodum), 816, 818 (Surr. als Grundlage — 816 — und als Maßstab — 818 — für die ungerechtfertigte Bereicherung), 2019 (Erweiterung der Herausgabepflicht des Erbschaftsbesitzers), 2169, Absatz III (Ersatzvermächtnis) und 2374 (Ausdehnung der verkauften Erbschaftsgegenstände auf die Surrogate). Außerhalb des BGB. gehört hierher der oben S. 34—35) behandelte § 392, Absatz II HGB., den *Schmidt-Rimpler* (a. a. O., S. 939) im Wege der Analogie entgegen der allgemeinen Meinung auch auf die erlangten Sachen ausdehnen will.

Von besonderer Bedeutung für unsere Untersuchung sind die §§ 667 BGB. (über § 675 BGB.) und 384, Absatz II HGB. Auch diese Bestimmungen beruhen letzten Endes auf dem Surrogationsprinzip, weil das Erlangte wirtschaftlich betrachtet an Stelle der zur Ausführung des Geschäfts übergebenen Vermögensstücke des Auftraggebers tritt. Hinzu kommt, daß der Gesetzgeber auch hier die für die Surrogation bezeichnenden Worte „zur Herausgabe des Erlangten verpflichtet" gebraucht (vgl. §§ 281, 816, 2374 BGB.). Ohne Zweifel hat dieser Surrogationsgedanke dem Reichsgericht vorgeschwebt, als es den Anspruch auf den Erlös nach § 667 BGB. als „Individualanspruch" gekennzeichnet hat (RGSt. 62, 58; 63, 408), der „nicht nur auf eine rechnungsmäßig zu bestimmende Geldforderung, auf Ausantwortung eben dieses Geldes" geht. Über die Folgerung des RG. aus dieser Tatsache, daß deswegen diese Forderung als Vermögensstück im Sinne der Bevollmächtigtenuntreue anzusehen ist, soll erst weiter unten gesprochen werden. Hier ist nur zu bemerken, daß es durchaus zutreffend ist, daß der Anspruch aus § 667 BGB. und § 384, Absatz II HGB. auf die *bestimmten*, in Ausführung des Auftrages (der Kommission, der Treuhand) erlangten, *Stücke* geht (RGZ. 53, 369; 73, 248). Der in dieser Weise erscheinende Gedanke der Surrogation oder der Erhaltung der wirtschaftlichen Werte in derselben Hand ist also für unsere Fälle der Wahrnehmung fremder Interessen weit eher als Grundlage

für die weitere Untersuchung geeignet, als der des „Geschäftes, wen es angeht".

Schließlich soll noch auf den letzten Gesichtspunkt hingewiesen werden, unter dem ein Ausgleich der verschiedenen Beurteilungen in rechtlicher und wirtschaftlicher Hinsicht beim Handeln auf fremde Rechnung versucht worden ist. Es ist das Problem der „Schadenbegründung aus fremdem Interesse". Hier handelt es sich nicht um eine Spaltung des Eigentumsbegriffes, sondern um ein Auseinanderfallen auf der Gläubigerseite bei einem Schadenersatzanspruch in „formellen" Schadenersatzgläubiger und „materiellen" Schadensträger, weil der Vertrag, auf dem der Schadenersatzanspruch beruht, wiederum nicht erkennbar in fremdem Interesse geschlossen ist. Der „formelle" Gläubiger kann auf Grund einer Vertragsverletzung den Schaden nicht geltend machen, weil der Schaden nicht in seiner Person entstanden ist, sondern in der des Dritten, und dieser kann ihn nicht geltend machen, weil er zum Schuldner in keinem Vertragsverhältnis steht.

Es entsteht auch hier die Frage, ob das rein formelle Moment entscheiden soll und der Schuldner von der an sich bestehenden Schadenersatzpflicht frei werden oder ob der wirtschaftliche Gesichtspunkt ausschlaggebend sein soll und der Gläubiger über seine formale Stellung hinweg den Schaden des im Hintergrunde stehenden Dritten soll geltend machen dürfen.

Rechtsprechung und Rechtslehre haben dem wirtschaftlichen Moment trotz der formaljuristischen Bedenken den Vorzug gegeben und die Haftung des Schuldners — wenn auch mit großen Schwierigkeiten und Verschiedenheiten in der Begründung — bejaht. Es ist nicht Aufgabe dieser Untersuchung, zu dem Problem Stellung zu nehmen. Es sollte nur gezeigt werden, wie auch hier die Schwierigkeiten nur deswegen auftreten, weil das fremde Interesse, welches bei Vertragsschluß wahrgenommen wird, nach außen nicht in Erscheinung tritt. Auch das Problem der Schadenbegründung taucht hauptsächlich bei der indirekten Stellvertretung, also insbesondere bei der Kommission, auf.

Die hier zu behandelnde Frage der Bevollmächtigtenuntreue am Kommissions- und Treuhandgut ist im Grunde genommen genau dieselbe wie die auf zivilrechtlichem Gebiete auftretende. Es ist daher zu prüfen, ob die dem Zivilrecht zu Gebote stehenden Hilfsmittel im Strafrecht verwandt werden können oder welche anderen Möglichkeiten zu einer Erfassung dieser zweifellos strafwürdigen Handlungen gegeben sind.

V. Die Gesichtspunkte, die für die Lösung des Problems in Betracht kommen

1. Die Bedeutung des Zeitpunktes, in dem die Benachteiligungsabsicht gefaßt wird

Aus der Untersuchung über die Eigentumsverhältnisse am Kommissions- und Treuhandgut ergibt sich, daß es von wesentlicher Bedeutung ist, in welchem Zeitpunkt der Täter die Benachteiligungsabsicht gefaßt hat.

a) Hat der Kommissionär *von vornherein*, also vor oder bei Inempfangnahme der ihm vom Kommittenten übergebenen Mittel,

die Absicht, das Geld nicht zum Einkauf, sondern für sich zu verwenden und die Kommissionswaren nicht im Interesse des Kommittenten, sondern im eigenen zu verwerten — also für eigene Rechnung und nicht für fremde zu handeln —, so ist für die Frage, ob der Kommissionär sich solchenfalls der Untreue oder der Unterschlagung an den Mitteln schuldig macht (auf einen etwaigen Betrug gegenüber dem Kommittenten soll hier nicht eingegangen werden), ausschlaggebend, ob die Einwilligung des Kommittenten (§§ 185, 183 BGB.) in diesem Falle noch als vorliegend anzusehen ist.

Nimmt man nämlich an, daß die Einwilligung in solchem Falle fehlt, so handelt der Kommissionär nicht auf Grund einer Rechtsmacht, sondern eigenmächtig. Da die Untreue Mißbrauch einer Rechtsmacht voraussetzt, so kann der Kommissionär mangels Vorliegens einer solchen nicht wegen Untreue bestraft werden. Er begeht jedoch in diesem Falle eine „Veruntreuung" (§ 246 letzter Fall: Unterschlagung „anvertrauter" fremder Sachen), da er die *tatsächliche* Verfügungsgewalt über die Sachen mißbraucht. Der Eigentumserwerb des Dritten erfolgt nicht auf Grund der Rechts*macht* des Kommissionärs, sondern — guten Glauben des Dritten vorausgesetzt (§§ 932 BGB., 366 HGB.) — auf Grund eines Rechts*scheines*, nämlich der bloß tatsächlichen Machtstellung: des Besitzes.

Die Frage, ob die Einwilligung fehlt, ist zivilrechtlicher Natur. Sie wird in Rechtsprechung und Rechtslehre überwiegend bejaht (vgl. *Schmidt-Rimpler*, S. 924; Cahn in JW. 31, 2772; RGSt. 63, 253; 10, 385; JW. 14, 357 — letztere stellt auf die ausdrückliche „Abmachung" ab —; RGSt. 3, 150, 156; 2, 186, 189). Die strafrechtlichen Folgerungen sind jedoch verschieden. So läßt es RGSt. 2, 186, 189 noch dahingestellt bleiben, ob Untreue oder Unterschlagung anzunehmen ist. RGSt. 3, 150, 156 bestraft wegen Unterschlagung, da der Täter sich die Sache durch den Verkauf rechtswidrig aneigne. RG. in JW. 14, 357 nimmt mit derselben Begründung Unterschlagung an, die jedoch *in Tateinheit* mit einer Untreue stehen soll. Letztere wird darin erblickt, daß in dem vertragswidrigen, mit der Willensrichtung ungetreuer Verwendung des Erlöses, bewirkten Verkaufes eine Verfügung über die Ware liegt. Schließlich nimmt das Reichsgericht in RGSt. 63, 253 in den Fällen, in denen von vornherein die Benachteiligungsabsicht bestanden hat, ebenfalls Untreue in Tateinheit mit Unterschlagung an, prüft jedoch hier besonders, ob der Auftraggeber im Augenblick der eigennützigen Verfügung benachteiligt ist, da der *Inhalt* des Anspruchs auf Herausgabe des Erlangten der gleiche geblieben sei. Es bejaht jedoch die Frage mit der Begrüdung, daß der *Wert* dieses Anspruchs beeinträchtigt sei.

Die Konstruktionen des Reichsgerichts erscheinen verfehlt. Da sie sich jedoch aus seiner grundsätzlichen Einstellung zum Wesen der Untreue ergeben, soll erst weiter unten dazu Stellung genommen werden. Sieht man die Untreue — wie es allein als richtig erscheint — als Mißbrauch einer Rechtsmacht an, so folgt daraus, daß bei einer von Anfang an bestehenden Benachteiligungsabsicht Untreue nur dann vorliegt, wenn die Handlung des Täters auf Grund der Einwilligung des Kommittenten dem Kommittenten gegenüber wirksam ist. Ist die Handlung lediglich kraft des guten Glaubens des Dritten wirksam, so liegt nur Unterschlagung vor. Ein Zusammentreffen beider Delikte ist daher begrifflich ausgeschlossen.

Die Frage, ob Untreue oder Unterschlagung vorliegt, ist nicht nur von theoretischer Bedeutung: abgesehen davon, daß § 266 StGB. als Nebenstrafen Geldstrafe und Aberkennung der bürgerlichen Ehrenrechte vorsieht, sind gegenüber § 246, der mildernde Umstände kennt und im Falle des § 247 StGB. nur Antragsdelikt ist, diese Vergünstigungen ausgeschlossen.

b) Als zweiter Fall soll der untersucht werden, wenn der Kommissionär den Entschluß, über die empfangenen Vermögensstücke des Kommittenten zu dessen Nachteil und zu eigenem Vorteil zu verfügen, erst *nach* der Übergabe, jedoch noch vor oder bei der Veräußerung faßt.

Die Rechtslage ist hier dieselbe wie im ersten Fall. Die Entscheidung, ob Untreue oder nur Unterschlagung hinsichtlich des Kommissionsgutes vorliegt, hängt davon ab, ob der Täter mit oder ohne Einwilligung des Berechtigten gehandelt hat. Da regelmäßig letzteres der Fall sein dürfte, kann nur wegen Unterschlagung anvertrauter Sachen bestraft werden. Es ist also für die Beurteilung ganz gleich, ob der Kommissionär über die Sachen rechtsgeschäftlich verfügt — durch Veräußerung der Sachen an gutgläubige Dritte — oder rein tatsächliche Handlungen damit vornimmt, wie z. B. Selbstverbrauch der Kommissionswaren oder Vermischen des Einkaufsgeldes mit eigenem. Maßgebend ist immer, daß der Kommittent seine Sachen nicht auf Grund der Einwilligung, sondern der tatsächlichen Machtstellung des Kommissionärs verliert.

c) Es bleibt schließlich nur noch die Möglichkeit, daß der Kommissionär die Benachteiligungsabsicht erst *bei* oder *nach* der Erfüllung des Ausführungsgeschäfts gefaßt hat. Als Handlungsobjekt kommt hier sowohl die Forderung aus dem Geschäft mit dem Dritten als auch das von dem Dritten geleistete (Erlös, gelieferte Waren) in Betracht.

Eine Unterschlagung an der Forderung scheidet aus, da nur bewegliche Sachen unterschlagen werden können. Gerade diesem Mangel sollte ja die Schaffung eines besonderen Untreuetatbestandes abhelfen (vgl. oben S. 28 ff.).

Ob eine Untreue an der Forderung oder an den erlangten Sachen begangen ist, hängt davon ab, ob die Benachteiligungsabsicht bereits beim Einziehen der Forderung oder erst nachher bestanden hat. Im ersten Falle käme nur eine Untreue an der Forderung und im letzteren nur eine Untreue — oder Unterschlagung — an den Sachen in Frage. In diesen Fällen entsteht jedoch unser Problem, ob eine Untreue oder Unterschlagung nach geltendem Recht nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil die Forderung oder die erlangten Sachen nach dem maßgebenden Zivilrecht dem Täter zustehen (vgl. darüber oben S. 32 ff.).

Was die erlangten Sachen anlangt, so muß sich der Strafrichter allerdings mit den verschiedenen zivilrechtlichen Theorien über den *unmittelbaren* Eigentumsübergang auseinandersetzen (vgl. oben S. 37—38). Schließt er sich einer der dort erörterten Meinungen an, nach denen das Eigentum ohne weiteres und unabhängig vom Willen des mittelbaren Stellvertreters auf den wirklich Berechtigten übergeht, so kann und muß er wegen Untreue bestrafen. Stellt sich der Strafrichter auf den Standpunkt, daß für den unmittelbaren Eigentumsübergang auf den Kommittenten lediglich der Wille des *Kommissionärs* maßgebend ist (vgl. oben S. 37), so muß er genau

prüfen, ob dieser Wille tatsächlich vorhanden gewesen oder ob er nicht vielmehr durch die Benachteiligungsabsicht ausgeschlossen ist. Möglich ist sehr wohl, daß bei Inempfangnahme der eingekauften Waren oder des Erlöses der Kommissionär noch den Übereignungswillen hatte und damit das Eigentum unmittelbar auf den Kommittenten übergegangen war, hiernach jedoch die Sachen im eigenen Interesse verwendet hat. Das gleiche gilt bei der indirekten Übereignung auf den Kommittenten *durch* die Person des Kommissionärs (vgl. oben S. 39, am Ende Ziffer 1). Auch hier ist denkbar, daß zunächst mittels Besitzkonstituts das Eigentum auf den Kommittenten übergegangen ist, und der Kommissionär erst *nach* diesem Zeitpunkt die Benachteiligungsabsicht gefaßt hat.

In diesen Fällen ist also eine Bestrafung des ungetreuen Kommissionärs durchaus möglich. In allen anderen jedoch erscheint sie auf Grund des geltenden Rechts als ausgeschlossen. Hervorzuheben ist abschließend nochmals, daß das Problem nur in den zuletzt (unter c) behandelten Fällen entsteht, während in den übrigen Fällen (unter a und b) mangels einer Rechtsmacht eine Untreue von vornherein ausgeschlossen ist und nur der Tatbestand der Unterschlagung anvertrauter Sachen (Veruntreuung) vorliegt.

2. Läßt sich die Bestimmung des § 266 Ziffer 2 StGB. im Wege der Auslegung des Gesetzes auf die fraglichen Fälle ausdehnen?

Es stehen logisch nur zwei Wege offen, eine Lösung des Problems auf Grund des geltenden Rechts herbeizuführen.

Der eine ist der, die Bestimmung des § 266 Ziffer 2 StGB. auf die Problemfälle auszudehnen. Der andere geht dahin, ein solches Vermögensstück zu finden, das auch nach den zivilrechtlichen Bestimmungen dem „Auftraggeber" zusteht, und über das der „Bevollmächtigte" rechtlich wirksam zu verfügen in der Lage ist.

Beide Wege sind beschritten worden. Ersterer insbesondere von *Mayer* in seiner umfassenden Abhandlung über „Die Untreue im Zusammenhang der Vermögensverbrechen" und letzterer vom Reichsgericht mit der Heranziehung des „Individualanspruchs" als ein der Untreue zugängliches Vermögensstück.

Was die Anwendung des § 266 Ziffer 2 StGB. auf die Fälle der mittelbaren Stellvertretung anlangt, so ist zunächst zu prüfen, ob es sich überhaupt um eine *ausdehnende* Auslegung dieser Bestimmung handelt. Von *Mayer* (S. 290) wird dies bestritten, da nach ihm die Gesetze ihrem Zweck entsprechend und so, wie sie der historische Gesetzgeber ausgelegt haben wollte, auszulegen sind (vgl. auch JW. 29, 2731; am Ende der Anm. Mayers). Eine solche Auslegung ist jedoch nicht gerechtfertigt, da sie stets zu einer ausdehnenden führen wird.

Das Verbot der Analogie ist im § 2 StGB. enthalten, nach dem eine Handlung nur dann mit einer Strafe belegt werden kann, wenn diese Strafe gesetzlich bestimmt war, bevor die Handlung begangen wurde. Dieser Grundsatz ist in die Reichsverfassung übernommen (Art. 116), jedoch mit der zutreffenderen Fassung, daß anstatt des Wortes „Strafe" der Ausdruck „Strafbarkeit" verwendet wird. Es sollte damit lediglich eine verfassungsrechtliche Garantie geschaffen werden (*Frank*, Anm. I zu § 2 StGB.), keineswegs der § 2 StGB. durch Art. 116 RV. ersetzt werden, wie das Reichsgericht (RGSt. 56, 318, annimmt. Sachlich ist er Streit ohne Bedeutung.

Das Verbot der Bestrafung ohne Gesetz bezieht sich auch auf solche Fälle, in denen eine Handlung (Tatbestand) nur zum Teil die gesetzlichen Merkmale enthält. Eine Unterordnung solcher — zwar verwandter, aber nicht sachlich gleichliegender — Tatbestände würde im Ergebnis auf eine Neuschaffung eines Tatbestandes hinauslaufen, der der gesetzlichen Strafdrohung ermangelt. Die extensive Interpretation ist somit nach § 2 StGB. unstatthaft (vgl. hierzu *Hippel,* S. 36, 38, 40).

Als solche stellt sich aber der Versuch dar, die Strafgesetze nach ihrem Zweck oder ihrer geschichtlichen Bedeutung auszulegen. Es würde dies im Widerspruch zu der publizistischen Natur des Strafgesetzes stehen. Das Strafrecht unterscheidet sich insofern wesentlich vom Zivilrecht. Letzteres gründet sich auf die Koordination der beteiligten Rechtssubjekte, während ersteres als Voraussetzung des staatlichen Strafrechts ein Sudordinationsverhältnis hat. Dieses Machtverhältnis, auf das sich das Strafgesetz gründet, findet seine notwendige Ergänzung in der Bestimmtheit der Strafnormen. Fordert der Strafgesetzgeber auf der einen Seite unbedingte Anerkennung seiner Rechtssätze und setzt deren Kenntnis voraus (vgl. § 59 StGB.!), so findet der ihnen unterstellte Staatsbürger seinen berechtigten Schutz gegenüber diesem Machtverhältnis darin, daß das staatliche Strafrecht sich auch in diesen Normen erschöpft. Erweisen sich die Strafgesetze als unzulänglich, weil sie dem Strafbedürfnis nicht genügend Rechnung tragen, so bleibt dem Gesetzgeber nur übrig, neue Tatbestände zu schaffen. Es verbietet sich aber — weil dem Rechtscharakter der Strafnorm zuwiderlaufend —, im Wege der Auslegung diesem Mangel abzuhelfen. Der Wille des Strafgesetzgebers ist der Auslegung unzugänglich, da er auf einseitigem Machtgebot beruht, während im Zivilrecht infolge der dort herrschenden Gleichberechtigung der Beteiligten eine Erforschung des wahren Willens zulässig ist.

Es erscheint deshalb verfehlt, wenn das Reichsgericht (RGSt. 63, 251) bei der Auslegung der zivil- und strafrechtlichen Bestimmungen denselben Maßstab anlegt und sich dahin entscheidet, daß „die Auslegung der Gesetze, *einschließlich der Strafgesetze,* nicht starr und unbeweglich sein darf, sondern, sofern nicht das Vorliegen einer Gesetzeslücke anzunehmen sei, dem jeweiligen Stande der Erkenntnis und der Bedürfnisse des Lebens entsprechen und genügen muß". Eine Verletzung des § 2 StGB. weist das Reichsgericht ausdrücklich zurück. Bezeichnend ist jedoch, daß es sich auf die *Zivil*entscheidungen RGZ. 113, 413 (419) bezieht. Im übrigen dürfte es zuweilen sehr schwierig sein, festzustellen, ob eine Gesetzeslücke vorliegt oder nicht. Im Zweifel müßte angenommen werden, daß der nicht erfaßte Tatbestand straflos bleiben sollte.

Für die Anwendung des Strafgesetzes ist somit Vorbedingung, daß es aus sich selbst heraus gedeutet werden muß, so wie es sich im Zusammenhang mit den übrigen Straftatbeständen darstellt. Die Auslegung ist daher systematisch, nicht historisch, vorzunehmen. Grundlage dafür ist das Gesetz, wie es *ist,* nicht wie es *beabsichtigt* war.

Wendet man diese Grundsätze auf unsere Problemfälle an, so ergibt sich, daß ungetreues Handeln des Kommissionärs hinsichtlich der erlangten Sachen nicht unter die geltende Strafbestimmung der Bevollmächtigtenuntreue gebracht werden kann. Wie weiter

unten näher dargelegt wird, umfaßt die Bevollmächtigtenuntreue nur solche Fälle, in denen der Täter rechtlich wirksam über fremdes Vermögen verfügt. In unseren Fällen handelt es sich jedoch darum, daß der mittelbare Stellvertreter oder Treuhänder Eigenrechte mißbraucht. Zwischen beiden Deliktsgruppen besteht allerdings ein nahes Verwandtschaftsverhältnis dahin, daß die letztere Gruppe aus der ersteren hervorgegangen ist, denn die Eigenrechte sind *mittels der Rechtsmacht* erlangt, deren mißbräuchliche Anwendung mit Strafe bedroht ist. Trotzdem stellt sich die zweite Gruppe als neuer Tatbestand dar, der von der Bevollmächtigtenuntreue nicht gedeckt wird (vgl. auch *Binding*, Lb. S. 402).

Schließlich ist noch festzustellen, daß durch die Schutzbestimmung des § 2 StGB. auch eine gewohnheitsrechtliche Ausdehnung der Bevollmächtigtenuntreue auf die Problemfälle ausgeschlossen ist. Die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts, nach der wegen Untreue bestraft wird, ist somit ohne Bedeutung.

3. Ist die Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten auf Herausgabe des Erlangten als geeignetes Handlungsobjekt im Sinne des § 266 Ziffer 2 StGB. anzusehen?

Zur Lösung des Problems bleibt also nur noch die zweite Möglichkeit zu prüfen übrig: eine Forderung oder eine anderes Vermögensstück ausfindig zu machen, das nicht nur wirtschaftlich, sondern auch rechtlich dem Auftraggeber zusteht, und über das der mittelbare Stellvertreter oder Treuhänder zu verfügen in der Lage ist.

In Betracht kommt hier nur die Forderung, die dem Auftraggeber gegen den Bevollmächtigten auf Herausgabe des Erlangten zusteht (§§ 667, 675 BGB., 384 Absatz II HGB.). Als Vorfrage entsteht jedoch die, ob überhaupt solche Forderungen unter die Bevollmächtigtenuntreue fallen, die sich nicht gegen einen Dritten, sondern gegen den Bevollmächtigten selbst richten.

Die Frage läßt sich nicht ohne weiteres beantworten. Es muß zu diesem Zwecke untersucht werden, ob es sich mit der Natur der Untreue vereinbaren läßt, daß *alle* Forderungen des Auftraggebers unter die Bevollmächtigtenuntreue fallen, oder ob solche Forderungen, die sich gegen den Täter richten, aus dem Kreise der Handlungsobjekte des § 266 Ziffer 2 StGB. als ungeeignet auszuschließen sind. Es handelt sich hier also nicht um eine — verbotene — *ausdehnende* Auslegung des Strafgesetzes, sondern um eine *einschränkende*, die sehr wohl möglich und zulässig ist (*Frank*, Anm. I 2 zu § 2 StGB.).

a) Das Wesen der Untreue, insbesondere der Bevollmächtigtenuntreue

Die Theorien über das Wesen der Untreue lassen sich in zwei große Gruppen einteilen. Die eine Auffassung erblickt das wesentliche Moment der Untreue in der Verletzung einer Rechts*pflicht* (zur besonderen Treue oder zur Vermögensfürsorge), die andere in dem Mißbrauch einer Rechts*macht*.

Die Hauptvertreter der ersten Gruppe sind Freudenthal, Mayer und das Reichsgericht. Der Begründer der zweiten Theorie ist Binding, dem sich vor allem Leopold angeschlossen hat.

Freudenthal (a. a. O., S. 136) stellt mit Recht bei seiner Untersuchung über das Wesen der Untreue auf das Handlungsobjekt ab.

Der Betrugstatbestand, so meint er, schütze das Vermögen in seiner Totalität nicht jedem Angriff, sondern nur der Täuschung gegenüber. Neben dieser Täuschung komme jedoch auch der Fall in Betracht, daß der Täter, um fremdes Vermögen zu schädigen, nicht zu täuschen brauche. Er könne sich in einer Stellung befinden, und zwar kraft Rechtens, *in* und *kraft* deren er für ein fremdes Vermögen zu sorgen hat. Zu diesem Zweck sei ihm die rechtliche Gewalt über den Gegenstand seiner Fürsorge gegeben. Er brauche somit, um seine Schützlinge zu schädigen, nur diese ihm rechtmäßig zustehende Gewalt zu mißbrauchen. Unterschlagung und Betrug ließen das Vermögen in seiner Totalität ungeschützt gegenüber Angriffen, die unter Verletzung einer Fürsorgepflicht unternommen würden.

Freudenthal gelangt auf Grund dieser Erörterungen zu folgender Feststellung des Wesens der Untreue (S. 116, 117):

„Kraft Rechtens ist der Täter in eine Stellung getreten, die ihm die Pflicht auferlegt, für fremdes Vermögensinteresse zu sorgen. Dieser Rechtspflicht würde er durch eine gewisse Handlung (Handlung I) genügen. Zu Handlung I ist er berechtigt und verpflichtet. Jene Stellung gibt ihm aber auch die tatsächliche Möglichkeit zur Vornahme einer anderen Handlung (Handlung II), durch die er freilich jener Rechtspflicht nicht genügen würde. Von dieser tatsächlichen Möglichkeit macht er unter Verletzung seiner Fürsorgepflicht Gebrauch, nimmt Handlung II vor und schädigt durch sie, wen er schützen sollte. So ist der Untreue eigen, daß der Täter ein fremdes Vermögensinteresse unter der Verletzung der Rechtspflicht, dafür zu sorgen, schädigt.

Die typische Art der Begehung der Untreue ist also die Verletzung dieser Rechtspflicht zur Vermögensfürsorge."

Im Gegensatz zu dem Verfahren Freudenthals, das Wesen der Untreue aus dem Mittel der Begehung, also systematisch, zu ergründen, stützt das *Reichsgericht* seine Untersuchung über die strafrechtliche Natur der Untreue auf deren geschichtliche Entwicklung.

Es gelangt in RGSt. 38, 363 zu dem Ergebnis:

„Das Wesentliche der Straffestsetzung in § 266 Nr. 2 StGB. ist der *Vertrauensbruch,* die Verletzung der besonderen, dem Bevollmächtigten obliegenden *Pflicht zur Treue.*"

An dieser „Treubruchstheorie", wie sie *Cartier* (S. 100) treffend genannt hat, hält das Reichsgericht bis in die neueste Zeit fest (vgl. RGSt. 64, 86: *„Treuverhältnis* maßgebend"; RGSt. 65, 277: „Dies folgt aus dem durch den Vollstreckungsauftrag begründeten *Treuverhältnis* und der in ihm beruhenden tatsächlichen Vertretungsmacht"; 61, 228 (230) und 63, 406 (407): *„Treuverhältnis* unter Schutz stellen will, das den Täter in die Lage versetzt, rechtlich oder tatsächlich über Vermögensstücke des anderen zu verfügen. Gleichgültig ist, ob die Vertretungsmacht die nachteilige Verfügung überhaupt deckt"; ferner die oben S. 16 und 17 angeführten Entscheidungen RGSt. 65, 90 und 34, 378 hinsichtlich des Börsenkommissionärs: „die dem Kommissionär obliegende *Treupflicht*" und „Mißbrauch der *Vertrauensstellung*").

Eine besondere Stellung nehmen die Entscheidungen RGSt. 65, 333 und 65, 401 ein. In erster heißt es: „Das Wesen der Untreue besteht in der mißbräuchlichen Ausnützung der Vertretungsmacht zum

Nachteil des Vertretenen. — Immer muß die Benachteiligung des Vertretenen in der Vertretungsmacht wurzeln, sich also als Ausfluß der Herrschaft darstellen, die dem Täter durch die Vertretungsmacht rechtlich oder tatsächlich ermöglicht wird."

In RGSt. 65, 401 (zum größten Teil wörtlich aus RGSt. 61,2 übernommen) führt das Reichsgericht aus:

„Das Wesen der Untreue besteht in der bei Berücksichtigung des Innenverhältnisses mißbräuchlichen Anwendung der nach außen wirksamen Verfügungsmacht".

Man könnte aus diesen Urteilen schließen, daß das Reichsgericht damit die Treubruchstheorie aufgegeben und sich der Bindingschen Lehre angeschlossen hat. Das ist jedoch nicht der Fall. Das Reichsgericht betont ausdrücklich wieder das *„Vertrauensverhältnis,* vermöge dessen die eine Person zur offenen oder verdeckten rechtsgeschäftlichen Vertretung der anderen bestellt ist und hierdurch die in der Natur des Verhältnisses begründete rechtliche oder wenigstens tatsächliche Möglichkeit der Verfügung über das Vermögen der anderen Person besitzt und von ihr Gebrauch macht." Dieses Vertrauensverhältnis soll nach der Ansicht des Reichsgerichts (RGSt. 65, 401) die Vollmacht (§ 164 BGB.) oder den Auftrag (§ 662 BGB.) ersetzen! Abgesehen davon läßt sich die Vertretungsmacht, von der das Reichsgericht spricht, in keiner Weise mit der der Lehre Bindings vergleichen. Binding setzt eine *rechtliche* Verfügungsmacht voraus, während das Reichsgericht auch eine bloß *tatsächliche* genügen läßt.

Falls das Reichsgericht also in diesen Entscheidungen versucht haben sollte, von der Treubruchstheorie loszukommen und sich der Mißbrauchstheorie zu nähern, ist dieser Versuch als mißlungen anzusehen, da darin noch immer das Wesentliche der Untreue verkannt wird. Immerhin ist beachtlich, daß das Reichsgericht damit zugibt, daß mit der Verletzung eines Treue- und Vertrauensverhältnisses das Wesen der Untreue nicht restlos erfaßt ist (vgl. auch JW. 32, 1383).

Ein eifriger Verfechter der Treubruchstheorie ist nach wie vor *Mayer.* Er gelangt bei seiner — hauptsächlich auf geschichtlicher Grundlage fußenden — Untersuchung über das Wesen der Untreue zu dem Ergebnis, daß die Untreue Bruch eines Vertrauensverhältnisses und Treupflichtverletzung ist, wobei nicht an die Verletzung des obligatorischen Verhältnisses als solchem zu denken sei (a. a. O., Seite 121).

Er teilt die Untreuesubjekte in die Bevollmächtigten einerseits und die übrigen andererseits ein, indem er auf die verschiedenen Begehungsmittel hinweist. Er unterscheidet somit zwei Gruppen von Untreuehandlungen:

1. Alle Untreuesubjekte — außer dem Bevollmächtigten — können Untreue durch jede pflichtwidrige Handlung oder Unterlassung begehen (S. 175, 341);
2. die Untreue im Sinne des § 266 Ziffer 2 StGB. erfordert dagegen immerhin ein bestimmtes Begehungsmittel, nämlich die „Verfügung über ein Vermögensstück", die gerade der durch das Auftragsverhältnis begründeten Pflicht widerstreitet und zur Schädigung eines Rechtes führt, das zur Bewahrung dem Bevollmächtigten anvertraut ist (S. 342, 303).

In beiden Fällen will es *Mayer* dem Richter überlassen, nach seinem „vernünftigen Ermessen" festzustellen, ob der Täter durch seine Handlung oder Unterlassung seine Pflicht verletzt hat (S. 303, 187).

In JW. 29, 2731 (Anm. zu RG. vom 5. April 1929) bezeichnet Mayer die Untreue „wesentlich als Treubruch schlechthin", und in JW. 32, 1766/67 umschreibt er den Zweck der Untreuebestimmung dahin, daß sie „jede, aber auch möglichst jede Unredlichkeit erfassen soll, welche in besonderen Vertrauensverhältnissen zum Nachteil des Auftraggebers begangen wird".

So viel zunächst über die Anhänger der Treubruchstheorie.

Der Begründer der Lehre vom Rechtsmachtmißbrauch, *Binding*, versucht — ebenso wie Freudenthal —, auf systematischem Wege zur Feststellung des Wesens der Untreue zu gelangen. Er erblickt das ‚spezifische Mittel der Vermögensschädigung in dem Mißbrauch der Machtvollkommenheit, die das Gesetz mittelbar oder unmittelbar dem Täter im Interesse des nachher Benachteiligten einräumt". Beim Betruge mache sich der Betrüger den fremden Willen des zu Schädigenden durch Täuschung zu seinem Bundesgenossen. In einer großen Zahl von Fällen sei aber derjenige, der auf Unredlichkeit denke, in der glücklichen Lage, von Rechtswegen über fremdes Vermögen verfügen zu können; dieses Vermögen findet dann seinen Feind gerade in der Person, der es von Rechtswegen unterstellt sei.

Binding gelangt daher zu folgender Feststellung:

> *„Untreue ist die vorsätzliche rechtswidrige Schädigung fremden Vermögens seitens seines berufenen Verwalters oder Behüters durch Mißbrauch der ihm gesetzlich zuerkannten Machtstellung."* (*Binding*, LB. S. 396.)

Binding legt also im Gegensatz zu den Anhängern der Treubruchstheorie das Schwergewicht auf den Mißbrauch einer Rechtsmacht. Er bezieht die Strafbarkeit wegen Untreue — wie es *Oetker* (a. a. O. S. 286) sehr treffend ausgedrückt hat — auf Handlungen usw., „die in einer vom Staate anerkannten Macht, Rechtswirkungen für die Rechtssphäre eines anderen zu begründen, wurzeln, die in diesem Sinne *vollmachtsgemäß* sind, aber der Rechtspflicht des Handelnden, also dem *‚Auftrage'* widersprechen (Scheidung des rechtlichen Könnens und rechtlichen Dürfens)".

Der Bindingschen Ansicht hat sich *Leopold* (a. a. O. S. 63) angeschlossen, der Freudenthalschen *Herrmann* (S. 46) und *Pfeiffer* (a. a. O. S. 71). Ob sich *Meyer-Allfeld* der Meinung Freudenthals nähern will, wenn er (Anm. III, 3) von einer aus dem Verhältnis fließenden Ermächtigung zur Wahrnehmung der fremden Interessen spricht, erscheint zweifelhaft. *Frank* betont zunächst (bis zur 5.—7. Aufl., Anm. I, III zu § 266) wie das Reichsgericht die Treupflicht, allerdings mit der gleichzeitigen Abwandlung zur Vermögensfürsorgepflicht im Sinne Freudenthals, stellt sich jedoch jetzt ausdrücklich auf den Standpunkt Bindings.

Die eigentliche Bevollmächtigtenuntreue (§ 266 Ziffer 2 StGB.), die hier allein interessiert, ist mit Recht bei den Untersuchungen keiner besonderen Charakterisierung unterzogen worden, da die strafrechtliche Natur der Untreue nur einheitlich festgestellt werden kann. Eine Gegenüberstellung der Ziffern 1 und 3 einerseits zu Ziffer 2

andererseits — wie *Thode* (S. 28) vorgeht — ist systemwidrig, da sich die Untreue trotz der einzelnen Tatbestände als *ein* Delikt darstellt, das demzufolge auch nur *einen* Grundzug aufweisen kann.

Diejenigen jedoch, die das Wesen der Untreue entwicklungsgeschichtlich zu ergründen versuchen, hätten dem Umstand, daß die Bevollmächtigtenuntreue erst nachträglich in den Untreuetatbestand aufgenommen worden ist (vgl. oben S. 26 ff., insbesondere S. 29), Rechnung tragen müssen. Mit der Schaffung des Untreuetatbestandes sollte allerdings der Mißbrauch des Vertrauens und die Verletzung einer besonderen Verpflichtung zur Treue und Redlichkeit bestraft werden. Es wurden jedoch nur die Fälle des Vertragsbruchs *öffentlicher* Subjekte darunter gebracht, weil deren Vertragsbruch gleichzeitig als *Vertrauens*bruch angesehen wurde. Die Untreue *privater* Beauftragter wurde ja im preußischen StGB. von 1851 mit der Begründung abgelehnt, daß bei einem Privatvertrage, der auf besonderes Vertrauen berechnet sei, die Partei sich bei der Auswahl vorsehen möge. *Die Bevollmächtigtenuntreue wurde nachträglich nur deshalb eingefügt, weil sich die Unzulänglichkeit des Unterschlagungstatbestandes herausstellte.*

Die Bevollmächtigtenuntreue verdankt also ihre Entstehung — worauf sehr zutreffend *Leopold* (S. 8) mit Nachdruck hinweist — nicht der Erwägung, daß besondere Vertrauensverhältnisse strafrechtlich geschützt werden müßten, sondern lediglich dem praktisch hervorgetretenen Bedürfnis, die Lücke der Unterschlagung hinsichtlich Forderungen auszufüllen.

Die Treubruchstheorie ist somit auch geschichtlich nicht gerechtfertigt. Sachlich entstehen schon insoweit erhebliche Schwierigkeiten, als eine Umschreibung der Begriffe „Treupflicht" und „besonderes Vertrauensverhältnis" rechtlich unmöglich erscheint. Das obligatorische Verhältnis „als solches" ist jedenfalls nicht damit gemeint (vgl. *Mayer*, S. 121). Überdies wird selbst von Anhängern der Reichsgerichtstheorie zugegeben, daß ein besonderes Vertrauensverhältnis keineswegs zu den notwendigen Bestandteilen des Vertrages zwischen Bevollmächtigten und Vollmachtgeber gehört (vgl. *Merkel*, S. 782/783; *Freudenthal*, S. 114; *Draheim*, S. 70; *Thies*, S. 5/6; ferner *Binding*, Lb. S. 397; *Leopold*, S. 12/13). Das Vertragsverhältnis zwischen Machtgeber und Machtnehmer kann sich vielmehr weit eher auf sachliche Momente stützen, wie z. B. eine Kaution oder die günstige Vermögenslage des Bevollmächtigten, als auf das persönliche Moment besonderer Vertrauenswürdigkeit. Außerdem wäre es unverständlich, warum dann nicht auch andere Schuldverhältnisse unter die Untreue fallen sollten, die zum mindesten im gleichen Maße vom „Vertrauen" des einen Teiles getragen sind, wie z. B. bei der Leihe, der Hinterlegung, dem Auftrag rein tatsächlicher Geschäfte. Gerade diese Fälle sind aber vom Gesetzgeber als Veruntreuung „anvertrauter" Sachen nicht bei der Untreue, sondern im Unterschlagungstatbestand geregelt.

Die Treubruchstheorie paßte eben nicht mehr zur Untreue, als die Bevollmächtigtenuntreue aufgenommen wurde und sich das Wesen der Untreue veränderte. Anstatt das neue gemeinsame Merkmal der einzelnen Tatbestände aus dem Gesetz selbst heraus zu entnehmen, hielt man an dem historischen Charakter fest und mußte deshalb nun versuchen, das Vollmachtsverhältnis zu einem Vertrauensverhältnis mit „besonderen" Treupflichten auszulegen.

Das Reichsgericht hat schließlich selbst die gewaltsame Einzwängung der Bevollmächtigtenuntreue in den alten Untreuecharakter empfunden. Es hat jedoch von der Treubruchstheorie noch nicht endgültig Abstand nehmen können und lediglich eine Zwischenlösung gesucht (vgl. die oben S. 51 unten bis 52 angeführten Entscheidungen RGSt. 65, 333 und 65, 401).

Auch *Mayer* fühlt, daß die Bevollmächtigtenuntreue nicht so recht in den Kreis der Vertrauensverhältnisse paßt. Er gibt zu, daß einem Verwahrer von Kostbarkeiten ebensoviel Vertrauen erwiesen werde als einem Handlungsreisenden. Dennoch sei es gerechtfertigt, wenn gerade der Privatbevollmächtigte unter die tauglichen Subjekte der Untreue gestellt werde. Es handele sich nicht darum, daß den Subjekten des § 266 StGB. ein besonders *großes* Vertrauen erwiesen werde, sondern daß ihm eine Vertrauensstellung besonderer *Art* eingeräumt werde, die ihnen die Möglichkeit bietet, den Auftraggeber auf die verschiedenste Art zu benachteiligen. Der Verwahrer werde im wesentlichen schon durch die Strafdrohung für Unterschlagung in Schranken gehalten. Es habe also insofern — so schließt *Mayer*, S. 121/122 — einen guten und berechtigten Sinn, von besonderen Vertrauensverhältnissen zu sprechen.

Es geht auch nicht an, aus der vom Gesetzgeber gebrauchten Bezeichnung des Delikts als „Untreue" — worauf sich insbesondere auch *Mayer* (S. 175) mit stützt — Schlüsse auf das Schutzobjekt zu ziehen (vgl. auch *Cartier*, S. 115). Bei der Einfügung der Bevollmächtigtenuntreue hat man trotz der dadurch bewirkten Änderung des Charakters der Untreue den ursprünglichen Ausdruck für das Delikt beibehalten, um einen neuen, nicht eingebürgerten Ausdruck zu vermeiden.

Was von der „Treupflicht" gesagt ist, gilt im wesentlichen auch von der „Vermögensfürsorgepflicht" im Sinne *Freudenthals* und *Pfeiffers* („Geschäftsführungspflicht"). Es ist zwar *Leopold* (S. 61) nicht zuzustimmen, wenn er meint, daß *Freudenthal* den Begriff der „Pflicht zur Fürsorge für fremde Vermögensinteressen" selbst nicht definiere und sein Hinweis auf einige gesetzliche Bestimmungen im geltenden Rechte (nämlich die §§ 1793, 1627 BGB.) nur zeigen solle, daß der gewählte Ausdruck der Gesetzessprache nicht fremd sei. *Leopold* verkennt hierbei, daß *Freudenthal* — ebenso wie *Pfeiffer* — mit der Vermögensfürsorgepflicht bzw. der Geschäftsführungspflicht nichts anderes im Auge gehabt hat als das der Vollmacht zugrunde liegende obligatorische Rechtsgeschäft und insbesondere die für den Beauftragten sich daraus ergebende Pflicht, das Geschäft im Sinne (Interesse) des Auftraggebers auszuführen (vgl. § 384 Absatz I Halbsatz 2 HGB. für den Kommissionär und § 677 BGB. für den auftraglosen Geschäftsführer, woraus die Interessenwahrungspflicht für den beauftragten Geschäftsführer folgt).

Es trifft jedoch zu, wenn *Leopold* (S. 61) die Theorie *Freudenthals* — was auch für *Pfeiffer* gilt — für unzureichend hält, weil sie dann versagt, wenn es sich um Personen handelt, denen auf Grund des obligatorischen Verhältnisses eine rechtliche Macht überhaupt nicht zusteht, wie z. B. bei einem Gärtner, der zur Pflege eines herrschaftlichen Gartens eingesetzt ist. Der Gärtner ist nach dem Vertrage zur Pflege des Gartens, also zur Fürsorge dieses Vermögensinteresses des Eigentümers, verpflichtet. Handelt dieser Gärtner seiner Pflicht zuwider und schädigt damit das Vermögen des Eigentümers,

so liegt eine Pflichtverletzung im Sinne *Freudenthals* vor, und er müßte wegen Untreue bestraft werden, obwohl doch in Wirklichkeit kein geeignetes Subjekt der Untreue vorhanden ist. Es werden also damit Fälle getroffen, die lediglich zivilrechtlich von Bedeutung sind (vgl. auch den Vorschlag zur Neufassung — *Freudenthal*, a. a. O. S. 148 —, der ebenfalls nur auf das obligatorische Verhältnis abstellt).

Die Theorien *Freudenthals* und *Pfeiffers* sind somit abzulehnen, da sie — ebenso wie das Reichsgericht — kein ausschlaggebendes Gewicht auf die Rechtsmacht legen, deren Mißbrauch das wahre Wesen der Untreue ausmacht.

Die Fragestellung nach dem Wesen der Untreue ist nach dem Ausgeführten die, ob das strafwürdige Moment in der Verletzung von *Pflichten* — seien es die sich aus dem Schuldverhältnis ergebenden oder besondere daneben bestehenden, die auf Treue und Vertrauen gerichtet sind — liegt oder in dem mißbräuchlichen, d. h. vertragswidrigen Gebrauch von *Rechten*. Der Unterschied der beiden Deutungen besteht also darin, daß die eine den Nachdruck auf das Innenverhältnis (rechtliches Dürfen) und die andere auf das Außenverhältnis (rechtliches Können) legt.

Zur Entscheidung, welcher dieser beiden Ansichten der Vorzug zu geben ist, bedarf es eines Eingehens auf den allgemeinen Aufbau eines strafgesetzlichen Tatbestandes.

Nach *Oppenheim* (Objekte des Verbrechens, S. 194) ist bei jedem Delikt zwisen dem Schutz- oder Angriffsobjekt und dem Objekt des Verbrechens schlechthin zu unterscheiden. Ersteres ist nach seiner Umschreibung dasjenige Objekt, welches durch das einzelne Verbrechen angegriffen wird, letzteres dasjenige, an welchem das Verbrechen begangen wurde, damit der das betreffende Verbrechen charakterisierende Angriff auf ein Schutzobjekt vorliegt.

Soweit geldwerte Güter als Schutzobjekte in Frage kommen, spricht man gewöhnlich von „Eigentums-" und „Vermögensdelikten", um damit das Schutzobjekt zu bezeichnen. Zu ersteren werden insbesondere Diebstahl, Unterschlagung, Raub gerechnet, zu letzteren Betrug, Erpressung und Untreue.

Diese Unterscheidung ist für unsere Untersuchung von großer Bedeutung.

Die Bezeichnung „Eigentumsdelikt" trifft allerdings nicht das eigentliche Schutzobjekt, denn das Eigentum als solches bleibt durch die strafbare Handlung unberührt (vgl. § 935 Absatz I BGB.). Die Gegenüberstelung ist jedoch sachlich gerechtfertigt.

Während bei den sogenannten Eigentumsdelikten die Tathandlung gegen einen *bestimmten* Gegenstand gerichtet ist (vgl. §§ 242, 246, 249 StGB.: „fremde, bewegliche Sache"; § 303: „fremde Sache"; § 289: „eigene bewegliche Sache" und „fremde bewegliche Sache"; § 290: „die in Pfand genommenen Gegenstände"), wird bei den sogenannten Vermögensdelikten das ganze *Vermögen* betroffen (vgl. §§ 253, 263, 266 Absatz II, 302 a, 302 e: Verschaffen bzw. Versprechen- oder Gewährenlassen von „Vermögensvorteilen"). Bei den Eigentumsdelikten fällt das Schutzobjekt mit dem Handlungsobjekt („Objekt des Verbrechens schlechthin" im Sinne *Oppenheims*) zusammen, während bei den Vermögensdelikten als Schutzobjekt das Vermögen als Ganzes („als Summe konkreter Vermögensrechte" *Binding*, S. 398) erscheint und der einzelne Vermögensgegenstand (Sache

oder Recht!) nur Handlungsobjekt ist. Man hat daher nicht mit Unrecht das Handlungsobjekt — sofern es nicht mit dem Schutzobjekt zusammenfällt — auch als „Mittel der Begehung" des Delikts und die Handlung selbst als „Art der Begehung" bezeichnet.

Was den Tatbestand der Untreue im besonderen anlangt, so unterscheiden sich die Ziffern 1 ud 3 von der Ziffer 2 äußerlich dadurch, daß sie keine bestimmten Handlungsobjekte angeben. Als Mittel der Begehung der Untreue der Ziffern 1 und 3 scheint somit *jeder* Vermögensgegenstand geeignet, während Handlungsobjekt der Bevollmächtigtenuntreue nur eine Forderung oder ein anderes Vermögensstück des Auftraggebers sein kann. Der Unterschied ist jedoch ohne sachliche Bedeutung und erklärt sich aus der nachträglichen Aufnahme der Bevollmächtigtenuntreue in den § 266 StGB. Auch der Vormund muß, um sein Mündel zu benachteiligen, sich eines bestimmten Vermögensgegenstandes des Mündels bedienen. Es handelt sich also in Wirklichkeit nicht um „Verbrechen mit unbestimmten Objekten" in dem Sinne, daß *jedes* Handlungsobjekt in Betracht kommt (*Oppenheim,* S. 222), wie etwa bei den Körperverletzungsdelikten der Tatbestand der einfachen Körperverletzung (§ 223 StGB.) im Gegensatz zur gefährlichen (§ 223 a StGB.) jedes Mittel genügen läßt. Bei den einzelnen Tatbeständen der Untreue ist somit immer ein bestimmtes Vermögensstück als Handlungsobjekt erforderlich.

Es trifft aus diesem Grunde nicht zu, wenn *Binding* (S. 401) meint, daß die Benachteiligungsmöglichkeit in Ziffer 2 gegenüber den Ziffern 1 und 3 eingeschränkt sei. Auf dem gleichen Mißverständnis dürfte die Ansicht *Freudenthals* beruhen, daß die Ziffer 2 nicht „Eigentumsdelikt" sein dürfte, sondern „wie die weiter entwickelten Ziffern 1 und 3 reines Vermögensdelikt" (a. a. O. S. 144). Vgl. auch *Oetker* (S. 290).

Das Wesen der Untreue läßt sich an Hand des Begehungsmittels ergründen, weil es gleichzeitig die Art der Begehung kennzeichnet und damit nicht nur das dem Tatbestand Wesentliche hervorhebt, sondern auch zur Unterscheidung und Abgrenzung von anderen Tatbeständen mit dem gleichen Schutzobjekt dient.

Diese Untersuchungsmethode ist deswegen den anderen vorzuziehen. *Die historische Ergründung* der Untreue erscheint ausgeschlossen, da gerade die geschichtliche Entwicklung zeigt, daß man sich über ihr Wesen nicht klar war und mit ihrer Eingliederung in das Strafgesetz die größten Schwierigkeiten hatte. In solchen Fällen des Widerspruches zwischen Gesetz und Entstehungsgeschichte geht aber immer das Gesetz selbst vor (*Hippel,* S. 38). Unerheblich ist auch, was sich der Gesetzgeber selbst bei der Übernahme des Bevollmächtigten in die Untreue gedacht hat. Wenn es in den Motiven (S. 78) heißt, daß die Untreue „unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben in einem Abschnitt neben dem Betrug" behandelt worden sei, so mag dies auf den alten Charakter der Untreue — bei öffentlichen Subjekten — zugetroffen haben, keineswegs jedoch für die Bevollmächtigtenuntreue. Wollte man den Absichten des Gesetzgebers Bedeutung zumessen, so müßte man folgerichtig eine Untreue an beweglichen Sachen überhaupt ablehnen. Der Gesetzgeber glaubte ja, daß sich diese Fälle mit der Unterschlagung erledigen ließen, und schuf *nur* für die *übrigen,* nicht unterzubringenden Fälle der „Forderungen und sonstigen Ver-

mögensstücke“ die Bevollmächtigtenuntreue! Daß aber bewegliche Sachen der Untreue des Bevollmächtigten nicht fähig sind, ist bis jetzt von niemandem behauptet.

Es ist daher dem Beispiele *Bindings* zu folgen und zu versuchen, das wesentliche Moment der Untreue aus dem geltenden Rechte zu entnehmen, insbesondere aus dem Mittel und der Art der Begehung.

Die Betrachtung des § 266 im ganzen ergibt zunächst, daß es sich bei sämtlichen Handlungssubjekten um solche Personen handelt, die irgendwie *fremde Interessen* wahrnehmen. In Ziffer 3 ist das ausdrücklich gesagt, indem dort von der „Besorgung von Geschäften“ die Rede ist. In Ziffer 1 ergibt sich das aus der rechtlichen Natur der dort aufgeführten Personen. Beim Bevollmächtigten (Ziffer 2) steht ebenfalls außer Zweifel, daß er „für einen anderen“ oder „für fremde Rechnung“ handelt, ganz gleich, ob er als offener oder verdeckter Vertreter auftritt. Der Unterschied zwischen den Subjekten der Ziffern 1 und 3 einerseits und denen der Ziffer 2 andererseits besteht nur darin, daß die ersteren von *Amts wegen* fremde Interessen wahrnehmen und die letzteren auf Grund eines *Privatrechtsverhältnisses.*

Ebenfalls gemeinsam ist allen Subjekten der Untreuetatbestände, daß sie zur Wahrnehmung fremder Interessen *verpflichtet* sind. Lediglich das Rechtsgeschäft, auf dem die Verpflichtung beruht — im folgenden kurz Grundgeschäft genannt —, ist bei den einzelnen Subjekten verschieden. So ist es bei der Vormundschaft (Ziffer 1) die Bestellung des Vormundes durch das Vormundschaftsgericht (§ 1789 BGB.), bei dem Bevollmächtigten der Ziffer 2 der Auftrag oder der Geschäftsbesorgungsvertrag (§§ 662, 675 BGB., 383 HGB.) und bei den Subjekten der Ziffer 3 die „Geschäftsübertragung“.

Besonders wichtig ist aber, daß allen Subjekten der Untreue gemeinsam ist, daß sie nach außen hin vollständig selbständig erscheinen. Sie sind Vertreter im *Willen,* ihr Handeln muß sich also als *rechtliches,* nicht nur als bloßes *tatsächliches* darstellen. Mit Recht hat daher das Reichsgericht den Boten und den nur mit technischen Dienstleistungen Betrauten nicht als der Untreue fähige Subjekte angesehen (RGSt. 42, 211 und 7, 377).

Um die Interessen des Geschäftsherrn nach außen hin wirksam wahrnehmen zu können, muß dem Geschäftsführer ein Einfluß auf das zu vertretende Interessengebiet eingeräumt werden. Da das Handeln des Geschäftsführers Dritten gegenüber wirksam sein soll, kann diese Machteinräumung nur *rechtlicher* Natur sein (vgl. *Freudenthal* — S. 136 —: „Zu diesem Zwecke — nämlich der Vermögensfürsorge — ist ihm die rechtliche Gewalt über den Gegenstand seiner Fürsorge gegeben“ und *Binding* — S. 398 —: „Das Objekt bildet stets das fremde Vermögen ..., dessen *Schicksal* ganz oder zum Teil *zu bestimmen* der Täter berufen ist“).

Die rechtliche Machtvollkommenheit des Geschäftsführers über dasVermögen des Geschäftsherrn bildet die notwendige Ergänzung zu dem obligatorischen Grundgeschäft. Der *Pflicht* zur Interessenvertretung steht das *Recht* zur Vermögensgestaltung gegenüber. Während erstere lediglich das Innenverhältnis betrifft, bezieht sich letzteres auf die Stellung des Geschäftsführers nach außen hin. Die Verpflichtung aus dem Grundgeschäft dient dem Schutze des Geschäftsherrn, die Berechtigung zur wirksamen Vornahme des

Geschäfts dem Schutze des Dritten. Die Rechtskreise des Geschäftsherrn und des Dritten berühren sich nicht, während der des Geschäftsführers beide schneidet.

Infolge der wechselseitigen Wirkung von Pflichten und Rechten des Geschäftsführers muß die Rechtsmacht ihre Wurzel in dem Grundgeschäft haben. Aus diesem Grunde liegt dann keine Untreue vor, wenn zwar eine Verletzung des obligatorischen Verhältnisses gegeben ist und der Täter auf Grund einer Rechtsmacht gehandelt hat, diese Rechtsmacht jedoch nicht aus dem Grundgeschäft entspringt. Dies gilt insbesonders für solche Fälle, in denen Beamte kraft ihrer Stellung zu privatrechtlichen Handlungen ermächtigt sind, speziell für den Gerichtsvollzieher. Dieser handelt zwar im Auftrage des Gläubigers, wenn er zustellt, vollstreckt oder versteigert, die Wirksamkeit seiner Handlungen beruht jedoch nicht auf einer vom *Gläubiger* erteilten Rechtsmacht, sondern auf der ihm als staatlichem Vollziehungsorgan zustehenden Gewalt. Es trifft deshalb nicht zu, wenn das Reichsgericht den Gerichtsvollzieher als Bevollmächtigten im Sine des § 266 Ziffer 2 StGB. mit der Begründung ansieht, daß er kraft öffentlichen Rechts zur rechtsgeschäftlichen Vertretung in bezug auf fremdes Vermögen befugt sei (RGSt. 56, 101; vgl. auch RGSt. 61, 228 und 65, 277). Auf die sehr umstrittene Frage soll im einzelnen nicht eingegangen werden. Im Zusammenhang mit unserer Untersuchung genügt es darauf hinzuweisen, daß es an dem wesentlichen Moment fehlt, daß sowohl Rechte als auch Pflichten des Geschäftsführers aus ein und demselben Rechtsverhältnis entspringen müssen, daß das Recht lediglich mit Rücksicht auf die Pflicht und die Pflicht lediglich mit Rücksicht auf das Recht begründet worden ist.

Diese wechselseitige Abhängigkeit von Rechten und Pflichten ist vom Gesetzgeber in den Fällen der Interessenvertretung kraft Gesetzes auch im Gesetz selbst zum Ausdruck gebracht, so beim Vater und Vormund (§§ 1627, 1793 BGB.: „. . . Recht und Pflicht, . . . für das Vermögen zu sorgen"), beim Testamentsvollstrecker (§§ 2205, 2216 BGB.: „. . . berechtigt, . . . zu verfügen" und „. . . zur Verwaltung . . . verpflichtet"), beim Konkursverwalter (§§ 6, 82 KO.: „. . . Verwaltungs- und Verfügungsrecht . . . durch den Konkursverwalter . . ." und . . . „obliegenden Pflichten") und beim Zwangsverwalter (§ 152 ZVG.: „. . . Recht und die Pflicht . . .").

Was die Wechselbeziehung zwischen Recht und Pflicht bei den Subjekten der Bevollmächtigtenuntreue anlangt, so stellt sich als das die *Verpflichtung* enthaltende Geschäft bei der offenen Stellvertretung der Auftrag (§ 662 BGB.) oder der Geschäftsbesorgungsvertrag (§ 675 BGB.) dar. Die korrespondierende *Berechtigung* ist in der Erteilung der Vollmacht zu erblicken, also der durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht (§ 166, Absatz II BGB.). Kraft dieser Vollmacht wirken Willenserklärungen, die der Bevollmächtigte innerhalb der ihm zustehenden Vertretungsmacht im Namen des Vertretenen abgibt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen (§ 164 Absatz I Satz 1 BGB.).

Bei der verdeckten Stellvertretung und der Treuhand liegen die Verhältnisse entsprechend.

Bei ersterer entspringt die *Pflicht* zur Interessenwahrnehmung ebenfalls dem Geschäftsbesorgungsvertrag des § 675 BGB., unter die ja auch insbesondere der Kommissionsvertrag (§ 383 ff. HGB.) fällt,

bei der im Gesetz ausdrücklich auf die Verpflichtung, „das Interesse des Kommittenten wahrzunehmen" hingewiesen wird (§ 384, Absatz I, Halbsatz 1 und 2 HGB.). Die ergänzende *Berechtigung* zur Vermögensveränderung ergibt sich beim mittelbaren Stellvertreter aus § 185 BGB., der sogenannten „Ermächtigung" (vgl. dazu oben S. 19). Die Verfügung ist also im Rahmen der Einwilligung für und gegen den Berechtigten „wirksam".

Bei der Treuhand ist zwischen der Verwaltungs- und der Sicherungstreuhand zu scheiden (vgl. oben S. 23 ff.).

Während bei der Verwaltungstreuhand die Verpflichtung auf einem Geschäftsbesorgungsvertrag des § 675 BGB. beruht, liegen die Verhältnisse bei der Sicherungstreuhand so, daß der Treuhandvertrag große Ähnlichkeit mit einer Verpfändung hat. Die Verpflichtung geht nicht ausschließlich auf Wahrnehmung der Interessen des Treugebers. Der Treunehmer nimmt in erster Linie Eigeninteressen wahr, und nur daneben ist er verpflichtet, auch die Interessen des Treugebers zu wahren. Ausschlaggebend ist jedoch, daß beide Interessensphären unlöslich miteinander verknüpft und einander bedingt sind. Es ist deshalb berechtigt, auch im Falle der Sicherungstreuhand das für die Untreue wesentliche Verhältnis von Pflichten zu Rechten anzunehmen. Die Rechte stellen sich in diesen Fällen als Eigenrechte dar (vgl. oben S. 23, unten ff.).

Daß der Sicherungstreuhänder unter die tauglichen Subjekte der Untreue fällt, ergibt sich auch aus einer Gegenüberstellung mit dem Pfandgläubiger. Letzterer ist allerdings auch berechtigt und verpflichtet. Die rechtlich wirksame Verfügungsgewalt über das Pfand — auf die es allein ankommt —, steht jedoch nicht dem Pfandgläubiger zu, sondern öffentlichen Organen (§§ 1235, 1221 BGB.). Es fehlt also auch hier — wie beim Gerichtsvollzieher (siehe vorige Seite) — an der gemeinschaftlichen Wurzel, aus der Verpflichtung und rechtliche Verfügungsmacht entspringen. Die Ansicht *Mayers* (S. 96), daß der Pfandgläubiger unter die Subjekte der Bevollmächtigtenuntreue fällt, ist deshalb abzulehnen. Anders verhält es sich jedoch mit dem Sicherungstreuhänder. Dieser handelt auf Grund des ihm übertragenen Eigenrechts, wenn auch unter Umständen entgegen der Abmachung im Innenverhältnis. Er ist daher sehr wohl als Bevollmächtigter im Sinne des § 266 StGB. anzusehen, weil auch bei ihm das wechselseitige Verhältnis von Rechten und Pflichten vorliegt.

Der Streit um das Wesen der Untreue läßt sich nach dem Ausgeführten dahin zusamenfassen, daß es von entscheidender Bedeutung ist, ob man

als Art der Begehung der Untreue die *Verletzung der Pflicht* zur Interessenwahrung ansieht, während man dem Machtmißbrauch lediglich mittelbare Bedeutung insoweit beimißt, als durch ihn die Pflichtverletzung existent wird (Pflichtverletzung durch Machtmißbrauch),

oder ob man umgekehrt

das wesentliche strafwürdige Moment bei der Untreue in dem *Mißbrauch der übertragenen Rechte* erblickt, bei dem die Pflichtverletzung lediglich als Maßstab dafür dient, ob der Gebrauch des Rechts gegen die Pflicht verstößt, sich also als Mißbrauch darstellt (Machtmißbrauch wegen Pflichtverletzung).

Der ersten Ansicht nähert sich die Treubruchstheorie nebst ihren

Abwandlungen (Verletzung der Vermögensfürsorge- oder der Geschäftsführungspflicht). Daß sie weder geschichtlich noch systematisch dem Wesen der Untreue gerecht wird, ergibt sich aus folgendem:

Bis zur Aufnahme der Bevollmächtigtenuntreue ergab sich der Charakter der Untreue aus dem Subjekten: Es handelte sich um Personen, die amtlich bestellt waren und die bei einer Pflichtverletzung das öffentliche Vertrauen täuschten. Da die Betroffenen auf diese amtlichen Interessenvertreter angewiesen waren, wurden zum Schutze des Publikums Strafandrohungen gegen ungetreue Sachwalter erlassen (vgl. oben S. 27 ff.).

Dieser Grundzug der Untreue änderte sich jedoch vollständig, als man den Bevollmächtigten in die Reihe der Subjekte aufnahm. Dies erfolgte aber nicht deshalb, weil man in dem Bevollmächtigten etwa ein taugliches Subjekt der Untreuegesetze gefunden hatte, sondern einzig und allein, um der in der Praxis aufgetretenen Schwierigkeiten Herr zu werden, die der Unterschlagungstatbestand bei der Anwendung auf rechtswidriges Verfügen über Forderungen und auf die Problemfälle der mittelbaren Stellvertretung hervorgerufen hatte (vgl. oben S. 28.)

Der Fehler der Treubruchstheorie liegt darin, daß sie die Bedeutung der Aufnahme des Bevollmächtigten in die Untreuebestimmungen nicht genügend würdigt. Sie wie ein Baum sich organisch verändert, wenn ihm ein fremdes Reis aufgepfropft wird, so mußte die Untreue ihren alten Charakter als Treubruchsdelikt verlieren. Es ist das Verdienst *Bindings,* auf diese grundlegende Änderung im Untreuewesen hingewiesen zu haben. Der strafrechtliche Schwerpunkt verschob sich dadurch nach der Seite hin, daß nicht mehr die Pflichtverletzung, sondern der Machtmißbrauch das Wesen der Untreue ausmachte. Der Gesetzgeber selbst ist sich dieser Wandlung nicht bewußt geworden, da er sonst nicht unterlassen haben würde, die Subjekte der Ziffer 3 — mit Ausnahme des Versteigerers — aus dem Untreuetatbestand zu entfernen, die ja nicht mit einer Rechtsmacht ausgestattet sind, und die deshalb nicht mehr in den § 266 StGB. passen (*Binding,* S. 398).

Leopold hat die Gedanken *Bindings* weiter ausgebaut. Er hat vor allem die scharfe Trennung zwischen „Auftrag" und „Vollmacht" oder — allgemeiner ausgedrückt — zwischen Grundgeschäft (Innenverhältnis, rechtliches Dürfen) und Rechtsmacht (Außenverhältnis, rechtliches Können) als notwendige Voraussetzung für eine eindeutige Feststellung des Untreuewesens durchgeführt. War es doch ein Grundübel, das auch *Freudenthal* nicht beseitigte (vgl. a. a. O. S. 120: „Mißbrauch des *Auftrages*"; S. 138: „Beauftragter"), daß ständig diese beiden grundverschiedenen Begriffe gleichgesetzt wurden und damit eine Klarstellung der Verhältnisse unmöglich gemacht wurde. Nachdem nunmehr zwischen dem Grundgeschäft und den sich daraus ergebenden Pflichten einerseits und der Übertragung der Rechtsmacht andererseits scharf geschieden wurde, konnte das Augenmerk ausschließlich auf diese Rechtsmacht gerichtet werden. Es wurde festgestellt, daß sie gewissermaßen eine Legitimation für den Täter bildete (*Leopold,* S. 14).

Auf Grund dieser Theorie *Bindings* stellt sich das Bild der Untreue folgendermaßen dar:

Die dem Geschäftsführer übertragene Machtstellung — beim Bevollmächtigten des BGB. die Vollmacht, beim verdeckten Vertreter die Ermächtigung und beim Treuhänder das Eigenrecht — versetzt ihn in die Lage, *mit voller Rechtswirkung für und gegen den Geschäftsherrn über das Interessenobjekt des letzteren zu verfügen.* Der Geschäftsherr befindet sich also hinsichtlich dieses Objektes vollkommen in der Hand des Geschäftsführers! Der Geschäftsherr kann dem Dritten gegenüber keine Einwendungen vorbringen, die sich nur auf das Grundgeschäft (Innenverhältnis) beziehen. Der böswillige Interessenvertreter braucht sich also nicht erst durch List (Betrug) oder Gewalt (Erpressung, Wucher) die Verfügungsmöglichkeit zu verschaffen. Sie steht ihm von dem Augenblick an zu Gebote, in welchem sie ihm vom Geschäftsherrn übertragen wird.

Hierin liegt die Gefahr für den Geschäftsherrn, die der Gesetzgeber mit der Strafandrohung bannen will.

Die Abhängigkeit des Geschäftsherrn von dem Gebaren des Geschäftsführers hinsichtlich der in der rechtlichen Gewalt des Geschäftsführers befindlichen Vermögensstücke rechtfertigt einen besonderen strafrechtlichen Schutz für den Geschäftsherrn, zumal die wirtschaftlichen Verhältnisse des modernen Geschäftsverkehrs ihn wohl oder übel auf eine solche Hilfskraft anweisen, der er Rechte anvertrauen muß. Dazu kommt noch, daß die Interessen des Geschäftsführers zuweilen im Widerspruch zu denen des Geschäftsherrn stehen können. Wenn auch „in der Übernahme der Interessenwahrung ein Verzicht auf Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Geschäftsherrn im Widerspruche mit dessen vom Geschäftsführer zu wahrenden Interessen liegt" (*Oetker*, a. a. O. S. 290 unten), so ist doch die Versuchung für den Geschäftsführer, seine eigenen Interessen denen des Geschäftsherrn voranzustellen, sehr groß, insbesonders dann, wenn man mit dem Reichsgericht — was allerdings bedenklich erscheint — eine rechtliche (nicht bloß sittliche) Pflicht des Geschäftsführers verneint, im Falle einer Interessenkollision seine eigenen Interessen denen des Geschäftsherrn zu opfern (so für den Vormund: RGSt. 65, 333).

Der Gesetzgeber hat aber auch *nur* diesen Rechtsmißbrauch ahnden wollen. Während beim schuldrechtlichen Verhältnis der Geschäftsherr bereits durch die zivilrechtlichen Bestimmungen genügend geschützt wird (Anspruch auf Erfüllung, Schadenersatzansprüche), hat der Zivilgesetzgeber hinsichtlich der Rechtslage nach außen hin, also nach der dinglichen Seite hin, nur dem Dritten seinen Schutz angedeihen lassen (§§ 164, 185 BGB.). *Der strafrechtliche Schutz des § 266 StGB. stellt also gleichsam eine notwendige Ergänzung der zivilen Rechtslage zugunsten des Geschäftsherrn dar.*

Daß nur *rechtlich* wirksames Handeln des Geschäftsführers unter die Untreue fällt, ergibt sich auch aus noch anderen Umständen:

Die Vollmacht des BGB. bezieht sich nur auf „Willenserklärungen" (§ 164 BGB.). Unter solchen sind Erklärungen zu verstehen, die auf Hervorbringung eines *rechtlichen* Erfolges gerichtet sind, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist (RGZ. 68, 324). Das gleiche gilt von der Ermächtigung des § 185 BGB., da die Verfügung ein Rechtsgeschäft darstellt, zu dem die Willenserklärung wesentlicher Bestandteil ist.

Besonders deutlich wird aber, daß nur rechtliches Handeln, nicht bloß tatsächliches, zum Begriff des Verfügens im Sinne des § 266

StGB. gehört, wenn man sich vor Augen hält, daß auch *Forderungen* unter die Handlungsobjekte der Untreue fallen, die ja nach der Absicht des Gesetzgebers das Hauptkotingent der Bevollmächtigtenuntreue darstellen sollten.

Die „Forderung" oder der „Anspruch" ist nach § 194 BGB. das „*Recht,* von einem anderen ein Tun oder ein Unterlassen zu verlangen". Da dieses Recht im Gegensatz zur Sache etwas Gedachtes, sinnlich nicht Wahrnehmbares ist, kann naturgemäß eine *tatsächliche* Macht darüber gar nicht ausgeübt werden, sondern nur in *rechtlicher* Form eine Veränderung herbeigeführt werden. So führt *Merkel* (S. 694/95) mit Recht aus, daß es sich „in Wirklichkeit nur um eine (zum Teil bloß um eine *beabsichtigte)* Verletzung eines Forderungsrechtes" handelt und von einer „Verfügung über Forderungsrechte nicht die Rede" sei, „man müßte denn in jeder (wirklichen oder beabsichtigten) Verletzung von Forderungsrechten eine ‚Verfügung' über dieselbe finden". Neuerdings hat dies das Oberlandesgericht Dresden (JW. 32, 1766) klar zum Ausdruck gebracht: „Eine Verfügung über eine Forderung liegt nur dann vor, wenn durch das Tun des Bevollmächtigten das *rechtliche* Verhältnis des Auftraggebers zur Forderung verändert wird". Die bloße Gefährdung der Forderung genügt also nicht zur Erfüllung des Begriffes der „Verfügung" über Forderungen. Das hat der 2. Strafsenat des Reichsgerichts mit Bezug auf falsche Buchungen auch anerkannt, indem er in solchen Buchungen „nur eine Maßnahme zur Verdunkelung der Rechtslage" erblickt, die „regelmäßig nicht den Begriff einer ‚Verfügung' über die Forderung erfüllt" (RGSt. 62, 133), während der 1. Strafsenat eine solche Buchung als Verfügung über die verbuchte Forderung angesehen hat (RGSt. 61, 78), wogegen sich mit Recht *Grünhut* (JW. 27, 2430, Anm.) wendet. Folgerichtig von seinem Standpukt aus erklärt auch *Binding* (Lb. S. 400, Anm. 5) die bloße Gefährdung der Forderung als nicht genügend, während das Reichsgericht in einer anderen Entscheidung (RGSt. 63, 251, 253) allgemein erklärt, daß die Beeinträchtigung des *Wertes* der Forderung — bei gleichbleibendem *Inhalt* — bereits ein nachteiliges Verfügen enthalte. Diese Ausführungen beziehen sich allerdings auf die „Individualforderung" des Auftraggebers (§ 667 BGB.) auf Herausgabe des Erlangten, würden sich aber, da diese als Forderung im Sinne der Bevollmächtigtenuntreue angesehen wird, auch auf andere Forderungen des § 266, Ziffer 2 StGB. beziehen. (Vgl. auch *Mayer,* S. 283 ff., 300; *Oetker,* S. 290 und *Reichel* in JW. 32, 1018; ferner weiter unten S. 76.)

Vor allem wird die Auffassung, daß nur rechtliches Handeln den Begriff des nachteiligen Verfügens erfüllt, durch eine Gegenüberstellung der Untreue mit den anderen Eigentums- und Vermögensdelikten, insbesondere der Unterschlagung, bestätigt.

Wie oben (S. 56) dargelegt worden ist, werden bei den gegen geldwerte Güter gerichteten Delikten die sogenannten Eigentums- und die sogenannten Vermögensdelikte unterschieden. Während bei den Eigentumsdelikten eine bestimmte Sache als Schutz- und Handlungsobjekt erscheint, kommt für die Vermögensdelikte als Schutzobjekt das Vermögen als Ganzes und als Handlungsobjekt eine Sache oder ein *Recht* in Betracht. Wie daselbst weiter angedeutet worden ist, trifft die Bezeichnung „Eigentums"delikt nicht das eigentliche Schutzobjekt, da das Eigentum als solches unverletzt bleibt.

Als Schutzobjekt ist bei den Eigentumsdelikten vielmehr die tatsächliche Macht über die Sache und als Handlungsobjekt die Sache selbst anzusehen.

Das hat in überzeugender Weise *Binding* in seinem Lehrbuch ausgeführt: „. . . Schutz der Eigentumsrechte, genauer der *Verfügungsgewalt* der Eigentümer über ihre Sachen . . ." (S. 255). „Nicht sein Eigentumsrecht soll dem Eigner vom Täter entzogen werden, sondern nur die Sache, diese aber mit dem gleichen *tatsächlichem* Erfolge, als sei ihm das Recht verloren. Das Eigentumsrecht soll illusorisch gemacht werden. Das ist das Wesen der strafrechtlichen Enteignung." (S. 264.) „Ent- und Zueignung schaffen ein *tatsächliches* Verhältnis — jene ein negatives, diese ein positives —. Der Dieb will *tatsächlich* an Stelle des Eigentümers treten und für sich ein Verhältnis zur Sache schaffen, welchem es nur an der rechtlichen Sanktion mangelt, um Eigentumsverhältnis zu sein. Er will unter grundsätzlicher Verneinung des Eigentümerwillens die Sache *seinem Herscherwillen unterwerfen,* über sie verfügen, sie ver- oder gebrauchen: sie soll ‚sein' werden" (S. 267). „Wie alle sog. Rechtsverletzungen läßt auch die gegen das Vermögen gerichtete das angegriffene *Recht* meist unversehrt. Nur die *tatsächlichen* Verhältnisse erfahren eine Umgestaltung im Widerspruch mit ihm, insbesondere werden die Gegenstände, woran es besteht, ... der Gewalt des Berechtigten entrückt. So wird die Einwirkung auf den *Besitzstand* zum weitaus wirksamsten, wichtigsten und häufigsten Mittel der Vermögensdelikte" (S. 243).

Dieser Ansicht hat das Reichsgericht insoweit Rechnung getragen, als es bei den nur auf Antrag zu verfolgenden Diebstählen (§ 247 Absatz I StGB.) als antragsberechtigt, weil verletzt, nicht nur den Eigentümer, sondern auch den bloßen *Gewahrsamsinhaber* angesehen hat (RGSt. 2. 73; 4. 346; 10. 210).

Was die Unterschlagung anlangt, so bildet bei ihr ebenfalls die tatsächliche Gewalt über die Sache das Schutzobjekt.

Der tatsächliche Gewaltinhaber übt diese tatsächliche Macht über die Sache nicht im Interesse des Berechtigten, sondern im eigenen aus. Durch die Unterschlagung macht er sich rechtswidrig vom Fremd- zum Eigenbesitzer. *Der Täter der Unterschlagung mißbraucht seine Besitzstellung.*

Eine Verletzung des Eigentumsrechts tritt bei der Unterschlagung ebensowenig ein wie beim Diebstahl. Lediglich in den Fällen des originären Erwerbes und der rechtsgeschäftlichen Verwertung der Sache — im Gegensatz zu den bloß tatsächlichen Handlungen des Eigenverbrauchs, der Besitzverleugnung, der Zerstörung und der Entäußerung — geht dem Berechtigten das Eigentum verloren, aber nicht durch die Handlung des Täters, sondern erst *mittelbar* durch die Rechtsfolgen, die das Gesetz an gewisse Realakte (§§ 946 f. BGB.) und den gutgläubigen Erwerb des Dritten (§§ 932 ff. BGB.) knüpft. Beim Diebstahl tritt dies beim Erwerb von Geld oder Inhaberpapieren oder öffentlich versteigerten Sachen (§ 935 Absatz II BGB.), bei der Unterschlagung, bei der Vermischung oder Verbindung der fremden Sache mit der eigenen (§§ 946 ff. BGB.) und der rechtsgeschäftlichen Veräußerung (§§ 932—34 BGB.) ein.

In allen diesen Fällen erfolgt die Rechtswirkung auf Grund der ausgeübten *tatsächlichen* Macht des Täters über die Sache. Es handelt sich nicht um einen Erwerb kraft einer dem Täter zustehende Rechtsmacht, sondern um einen solchen kraft Gesetzes (beim originären Erwerb) oder kraft Rechtsscheines. Der gutgläubige Dritte wird nicht berechtigt, weil er von einem Berechtigten oder Ermächtigten erworben hat, sondern lediglich deshalb, weil er auf die nach außen hin in Erscheinung getretene *tatsächliche* Machtstellung des Veräußerers vertrauen durfte. Der dem Dritten vom Gesetzgeber zugebilligte Schutz stützt sich nur auf die dem Täter zustehende Besitzposition. Es liegt deshalb auch in diesen Fällen des Eigentumswechsels kein *rechtliches* Verfügen des Täters vor, sondern ebenfalls nur wie in den übrigen Fällen ein bloß *tatsächliches,* so daß diese Fälle durchaus berechtigterweise zu den Unterschlagungsfällen gerechnet werden.

Auf die anderen sog. Eigentumsdelikte der §§ 249, 289, 290, 303 StGB. braucht im Rahmen dieser Untersuchung nicht weiter eingegangen zu werden.

Nach alledem läßt sich der Diebstahl — soweit es zum Zwecke einer Gegenüberstellung mit den Vermögensdelikten erforderlich ist — als

rechtswidrige *Verschaffung* der tatsächlichen Gewalt über eine Sache

kennzeichnen, während die Unterschlagung sich als

rechtswidrige *Ausübung* der tatsächlichen Gewalt über eine Sache

darstellen läßt.

Man kann also bei den Eigentumsdelikten viel richtiger von der Verletzung der tatsächlichen Macht über Sachen sprechen. *Bei den Vermögensdelikten handelt es sich dagegen um eine Verletzung rechtlicher Verhältnisse.*

Während bei den Eigentumsdelikten der Täter mit dem Verletzten nur in tatsächlicher Hinsicht in Berührung kommt, handelt es sich bei den Vermögensdelikten immer um ein rechtserhebliches Handeln zwischen den Beteiligten. Durch die Eigentumsdelikte ändert sich nur die tatsächliche Lage und der Verletzte erleidet nur einen tatsächlichen Verlust, durch die Vermögensdelikte jedoch wird die Rechtslage geändert und der Betroffene erleidet einen rechtlichen Verlust. „Bei Unterschlagung, Diebstahl, Raub bleibt das Recht des Eigentümers bestehen und die Bereicherung des Diebes ist nur eine tatsächliche: der juristische Besitz der fremden Eigentumsobjekte. Ganz anders beim Betrug und . . Erpressung: sie gehen in der Tat auf Rechtsraub aus. Der Betrogene oder Genötigte soll sein Recht verlieren. Der Betrüger oder Erpresser will es erwerben oder wenigstens seiner Pflicht ledig werden" *(Binding,* Lb. S. 340/41).

Wie durch die Eigentumsdelikte die Außenwelt über den wahren tatsächlich Berechtigten getäuscht wird, tritt bei den Vermögensdelikten eine Täuschung der Öffentlichkeit über die wahre Rechtslage ein. Handelt es sich bei den ersteren um einen *Schein der Besitzstellung* nach außen hin, so rufen die letzteren einen *Schein der Rechtsgültigkeit* hervor. Wenn auch die Willenserklärungen des Betrogenen, Genötigten oder Bewucherten anfechtbar oder gar nichtig

sind (§§ 123, 138 BGB.), so ist doch zunächst ein Rechtsverlust eingetreten, der zum mindesten in der Verschlechterung der prozessualen Lage liegt. „Mögen jener Rechtsverlust und dieser Rechtserwerb anfechtbar sein, so ist trotzdem zunächst ein Rechtszustand geschaffen, der dem früheren widerspricht und doch formell besteht" (*Binding*, Lb. S. 341).

Das Kennzeichen der Vermögensdelikte ist somit die Erlangung eines rechtswidrigen Vermögensvorteils (Rechtsvorteils). Beim Betrug und der Erpressung wird dieser durch die Mittel der List und der Gewalt herbeigeführt, beim Wucher und der Untreue durch Ausbeutung (Mißbrauch) bereits vorhandener Umstände, nämlich beim Wucher durch Ausbeutung gewisser Willenshemmungen und bei der Untreue durch Mißbrauch — also ebenfalls einer Art Ausbeutung! — einer Rechtsmachtstellung.

Aus dieser grundsätzlichen Verschiedenheit der Vermögensdelikte von den Eigentumsdelikten ergibt sich naturgemäß auch, daß die Handlungsobjekte beider Deliktsgruppen verschieden sein müssen, indem für die Vermögensdelikte nicht nur Sachen, sondern auch vor allem Rechte und andere Vermögensstücke in Betracht kommen. Ferner folgt aus der Natur der Begehung des Vermögensdelikts, daß als Schutzobjekt nicht der einzelne Vermögensgegenstand, sondern das Vermögen als Ganzes erscheint (vgl. oben S. 56). Es sei hierbei besonders darauf hingewiesen, daß im Wege des Vermögensdelikts (Betrug, Erpressung, Wucher) auch die Erlangung der bloß tatsächlichen Gewalt über eine Sache erstrebt werden kann. Ein Eigentumsdelikt liegt deshalb nicht vor, weil die tatsächliche Macht *mittelbar* durch rechtlich wirksame Handlung des Betroffenen auf den Täter übergegangen ist und es an einer verbotenen Eigenmacht (§ 858 BGB.) fehlt. Gerade dieser Fall zeigt sehr deutlich den wesentlichen Unterschied vom Vermögens- zum Eigentumsdelikt. (Vgl. dazu Frank, Anm. VI zu § 242, Anm. III zu § 249 und Anm. I zu § 253 StGB.: Wegnehmen im Gegensatz zu „Gebenlassen".)

Was die Stellung der Untreue innerhalb der Vermögensdelikte und gegenüber den Eigentumsdelikten anlangt, so kann man ihr Verhältnis am besten dadurch kennzeichnen, daß man sie der Unterschlagung gegenüberstellt. So wie Betrug, Erpressung, Wucher die Tatbestände des Diebstahls und Raubes ergänzen (vgl. *Frank*, Anm. I zu § 253 StGB.), weil diese sich in der *Sach*wegnahme erschöpfen, stellt die Untreue eine Ergänzung der Unterschlagung dar, weil diese sich nur auf die mißbräuchliche Ausnutzung der *tatsächlichen* Gewalt bezieht (vgl. oben S. 64). Dies war ja auch der gesetzgeberische Zweck der Schaffung der Bevollmächtigtentreue (vgl. oben S. 27—29). Der Ergänzungscharakter ist jedoch allen Tatbeständen der Untreue eigen. Ist die Untreue Mißbrauch einer *rechtlichen* Machtstellung, so die Unterschlagung Mißbrauch *tatsächlicher* Macht. Der Unterschlagungstatbestand setzt voraus, daß der Täter sich im Besitz der tatsächlichen Gewalt über die Sache befindet (*Harburger:* Gewahrsam = tatsächliche Möglichkeit der Einwirkung und Verfügung a. a. O. S. 367), derjenige der Untreue, daß der Täter die rechtliche Gewalt über Vermögensstücke eines anderen innehat. In beiden Fällen steht die Macht nicht mehr dem wahren Berechtigten zu, sondern ist aus seinem Machtkreis ausge-

schieden und auf den Täter übergegangen. Die — strafrechtlich zu bannende — Gefahr, daß der Inhaber der in fremder Rechtssphäre wurzelnden Gewalt diese nicht im Interesse des wahren Berechtigten, sondern im eigenen gebrauchen kann, ist sowohl bei der Untreue als auch bei der Unterschlagung dieselbe. Im Falle der tatsächlichen Gewalt kann der Gewalthaber den Berechtigten dadurch schädigen, daß er tatsächlich auf die Sache einwirkt, indem er sie entweder sich selbst zuführt oder durch Veräußerung ihren Sachwert verschafft, sich jedenfalls wie der wahre Berechtigte gebärdet. In gleicher Weise geht der Täter der Untreue vor, nur daß er — entsprechend seiner Machtstellung — dem Berechtigten das Interessenobjekt nicht tatsächlich, sondern in rechtlicher Form entzieht. Auch der Untreuetäter verfügt selbstherrlich wie ein Eigenberechtigter über das seiner Rechtsmacht unterliegende Objekt, indem er das Interesse des Berechtigten außer acht läßt.

Auf dieses Moment des Verfügens über die Sache, als ob sie „sein" sei, hat *Binding* (S. 267; oben S. 64) für die Eigentumsdelikte und das Reichsgericht (JW. 29, 2733) für die Untreue hingewiesen („wie, wenn er Herr über sie wäre"; vgl. auch RGSt. 63, 251: „als sei er ihr Eigentümer"), letzteres jedoch mit der unzutreffenden Folgerung, daß darin eine „rein tatsächliche Einwirkung auf die Sache" liege, die den Tatbestand der Untreue erfülle. Gerade die Gegenüberstellung der Untreue mit der Unterschlagung zeigt, daß das Gebärden als Eigenberechtigter beiden Tatbeständen gemeinsam ist und der maßgebende Unterschied lediglich darin liegt, ob es sich um rechtliches oder tatsächliches Verwerten handelt.

Auf die Verwandtschaft zwischen der Untreue und Unterschlagung hat bereits *Draheim* (S. 49) hingewiesen, wenn auch nicht mit der erforderlichen Deutlichkeit:

„Wie die Zuneigung als negatives Moment die Verdrängung des Eigentümers aus seiner Eigentümerposition enthält, so ist die Verfügung über Vermögensstücke des Auftraggebers ganz entsprechend nach ihrem Wortsinn als Beeinträchtigung der Position auszulegen, in der sich der Machtgeber kraft seiner rechtlichen Beziehungen zum Vermögensstück befindet."

Setzt man an Stelle des Wortes „Eigentümerposition" das zutreffende „Besitzposition", so wird damit der wesentliche Unterschied zwischen der Unterschlagung und der Untreue gekennzeichnet.

Damit löst sich auch die Frage, ob die Fälle des sogenannten Rechts*scheines* (§§ 932, 935, 1207, 892, 407, 370, 793 Absatz I, 807, 808, 2366 BGB., 366 HGB.) unter § 246 oder § 266 StGB. zu subsumieren sind. Maßgebend ist auch hierfür, daß es sich in keinem dieser Fälle um eine Rechtswirkung handelt, die auf einer Rechts*macht* des Täters beruht. Es kann daher *Mayer* (S. 94) nicht zugestimmt werden, der alle Fälle des Rechtsscheines in die Untreue einordnet. Vielmehr ist gerade der Umstand, daß der Dritte — insbesondere beim Erwerb nach § 932 BGB. — lediglich aufgrund der tatsächlichen Machtstellung des Täters erwirbt, ein sicheres Zeichen dafür, daß nur tatsächlicher Machtmißbrauch, also Unterschlagung, vorliegt (vgl. oben S. 64—65). Mit Recht hat *Leopold* (S. 34—35) auf dieses zuverlässige Kriterium hingewiesen.

Desgleichen folgt aus dem hier entwickelten wesentlichen Unterschied zwischen Untreue und Unterschlagung, daß ein Zusammentreffen der beiden Delikte in Idealkonkurrenz begrifflich ausge-

schlossen ist, da die Handlung des Täters sich nicht gleichzeitig als rechtliche und tatsächliche darstellen kann. Der Rechtserwerb des Dritten kann nur entweder kraft Rechtsscheines *oder* kraft der Rechtsmacht des Täters erfolgen. In den Fällen rein tatsächlicher Handlungen und der Realakte (S. 64, letzer Absatz) scheidet ein rechtliches Handeln von vorn herein aus. Es kann also immer nur *entweder* Untreue *oder* Unterschlagung vorliegen, niemals beides zu gleicher Zeit.

Das Reichsgericht hat in ständiger Rechtsprechung eine Idealkonkurrenz zwischen beiden Delikten bejaht (vgl. RGSt. 63, 253; 64, 86; RG. in Recht 1930, S. 203 u. a.). Auch die Rechtslehre steht überwiegend auf diesem Standpunkt. Gegen diese Ansicht wendet sich vor allem *Leopold* (S. 23), allerdings mit teilweise unzutreffender Begründung. Er hält ein Zusammentreffen für ausgeschlossen, weil die Vollmacht nicht auf strafbare Handlungen gehen würde und die Straftat außerdem meist eine tatsächliche Handlung darstelle, während doch die Untreue ein rechtsgeschäftliches Handeln voraussetze. Eine Unterschlagung durch Rechtsgeschäft (Erwerb kraft Rechtsscheines) will er damit ausschließen, daß es „in diesem Falle denkbar wäre, daß die Vollmacht auch die Befugnis zur Aneignungshandlung gewährte", und daß dann eine Unterschlagung mangels „rechtwidriger" Zueignung entfalle.

Diese Beweisführung ist deswegen unhaltbar, weil hier Aneignung und Veräußerung gleichgesetzt werden. Die Vollmacht geht auf die Veräußerung, nicht aber auf die Aneignung! Gerade in den Fällen, in denen der Täter bevollmächtigt oder ermächtigt ist, die Sache zu veräußern, ist die Zueignung durch den Täter selbst als ausgeschlossen anzusehen (vgl. oben S. 46). Tut er dies dennoch, so handelt er ohne Rechtsmacht, begeht also — und zwar *nur* — Unterschlagung. Mit Recht betont *Binding* (Lb. S. 397), daß die Vollmacht nie auf Aneignung oder auf Beschädigung der fremden Sache geht. „Gerade deshalb kann die Untreue die Form gar keines anderen Vermögensverbrechens, ganz besonders nicht die der Unterschlagung, annehmen: Sie ist nur in ihrer eigenen Form begehbar" (vgl. hierzu *Ebener*, S. 96).

Von ganz besonderer Wichtigkeit ist der Tatbestand der sogenannten *Veruntreuung* (§ 246 zweiter Fall: Unterschlagung unvertrauter Sachen) und sein Verhältnis zur Untreue.

Die Einordnung der Veruntreuung in den Tatbestand der Unterschlagung ist vom Gesetzgeber zu Recht erfolgt: auch im Falle der Veruntreuung steht dem Täter nur eine *tatsächliche* Macht über die Sache zu, nicht eine rechtliche. Nach der Treubruchstheorie hätte dieser Fall folgerichtig in den Tatbestand der Untreue gehört, da hier das Gesetz selbst von einem „anvertrauen" spricht und der Tatbestand nur durch Bruch dieses Vertrauensverhältnisses verwirklicht werden kann! In Wirklichkeit ist die Veruntreuung nur ein qualifizierter Fall der Unterschlagung. Der Umstand, daß die Sache — oder besser die tatsächliche Gewalt darüber — dem Täter „anvertraut" ist, rechtfertigt eine härtere Strafe. Der Vertrauensbruch ist also Strafverschärfungsgrund!

Wenn daher *Draheim* (S. 70/71) behauptet, daß die Untreue mit der Veruntreuung Berührungspunkte habe, weil auch der Veruntreuende eine ihm eingeräumte *rechtliche* Machtstellung mißbrauche und auch er wie der ungetreue Bevollmächtigte die Gelegenheit ausnutze,

die sich ihm zufolge rechtsgeschäftlichen Willensaktes eines anderen böte, so ist das grundlegend falsch. Es ist vielmehr *Gleispach* (S. 93) zuzustimmen, der die Veruntreuung dahin umschreibt, daß der Täter in den Stand gesetzt ist, „über eine Sache *tatsächlich* zu verfügen, in dem Vertrauen, er werde seine Verfügungsmacht im Sinne desjenigen gebrauchen, der sie ihm überträgt".

Ebenfalls unzutreffend ist die Unterscheidung von *Harburger* (a. a. O. S. 342): „Von der Untreue ... Ziffer 2 unterscheidet sich die Veruntreuung dadurch, daß ... sie nur an im Gewahrsam des Täters befindlichen Mobilien verübt werden kann."

Der maßgebende Unterschied liegt allein in der Machtstellung des Täters, der bei der Veruntreuung tatsächlicher und bei der Untreue rechtlicher Natur ist.

Eine Wesensverwandtschaft besitzt die Veruntreuung allerdings mit der Untreue, die jedoch nicht von ausschlaggebender Bedeutung ist: Beide Tatbestände haben das Moment des „Anvertrauens" gemeinsam. Wie dem Täter der Veruntreuung die *tatsächliche* Gewalt über eine Sache anvertraut ist, ist den Subjekten der Untreue die *rechtliche* Macht über fremde Vermögensstücke anvertraut. Der den Besitz oder das Recht Übertragende setzt das Vertrauen in den Machtnehmer, daß er das Anvertraute nur im Sinne (Interesse) des Machtgebers gebrauchen wird (*Oetker*, S. 289: „In Vollmachtserteilung liegt immer ... ein Vertrauensakt."). Dieses ganz bestimmte Vertrauen ist es, was dem Reichsgericht und den Anhängern der Treubruchstheorie undeutlich als „besonderes Vertrauen" und „besondere Treupflicht" vorgeschwebt hat. Das Anvertrauen ist wesentlicher Bestandteil des Grundgeschäfts, durch das der Geschäftsführer zur Wahrung der fremden Interessen (vgl. oben S. 58) oder zur Vermögensfürsorge im Sinne *Freudenthals* oder *Pfeiffers* (vgl. oben S. 51) verpflichtet wird. Verletzt der Täter diese Pflicht, so verletzt er dieses Vertrauen, verstößt jedoch nur gegen schuldrechtliche Abmachungen.

Ebenso wenig wie diese bloß obligatorische Verletzung zu einem selbständigen Tatbestand der Veruntreuung geführt hat — sie gilt nach wie vor als Unterschlagung —, so ist dieser Vertrauensbruch nicht das ausschlaggebende Moment für die Untreue. Das Wesentliche bei der Untreue ist der Mißbrauch der Rechtsmachtstellung im Sinne der oben S. 60 angegebenen Umschreibung. Legt man den Nachdruck auf die Verletzung des Innenverhältnisses, wozu also auch das Anvertrauen gehört, so gerät man — wie das Reichsgericht — leicht in Gefahr, *jeden* Machtmißbrauch, also auch den bloß tatsächlichen, als den Tatbestand der Untreue erfüllend anzusehen. Gerade die Vergleichung der Untreue mit der Veruntreuung weist aber zwingend auf die hier vertretene Ansicht hin, daß die Untreue nur Mißbrauch rechtlicher Macht sein kann.

Nach allem lassen sich die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Bevollmächtigtenuntreue folgendermaßen umschreiben:

Unter dem „Bevollmächtigten" ist derjenige zu verstehen, dem eine Rechtsmacht eingeräumt ist, unter dem „Auftraggeber" derjenige, der diese Macht „anvertraut" hat. Das „Verfügen" stellt sich als Bestimmung des rechtlichen Schicksals des Gegenstandes dar, hinsichtlich dessen die Rechtsmacht („Verfügungsmacht", „Verfügungsbefugnis") erteilt ist. Daß es sich um Vermögensstücke „des Auftraggebers" handeln muß, bedeutet nur, daß es dieselben Gegen-

stände sein müssen, über die der Bevollmächtigte zu verfügen berechtigt ist. Die Verfügung ist „zum Nachteil" des Auftraggebers erfolgt, heißt: durch die rechtliche Veränderung des Vermögensstückes erleidet der Auftraggeber einen Vermögensschaden, der Rechtsnachteil wirkt sich wirtschaftlich aus.

Dieselben Voraussetzungen müssen auch in den Fällen der Ziffern 1 und 3 vorliegen trotz des unklaren und verschiedenen Wortlautes (vgl. oben S. 57). Das ist gebotene und — weil einschränkende — zulässige Auslegung, was schon daraus zu ersehen ist, daß die Ziffer 1 bei wörtlicher Auslegung — „zum Nachteil der ihrer Aufsicht *anvertrauten ... Sachen*" — eine Lex specialis zur Veruntreuung darstellen würde, die sich lediglich durch die Handlungssubjekte von dieser unterscheiden würde! Maßgebend für eine sinngemäße Auslegung ist aber, daß den Handlungen der Ziffern 1 und 3 der gleiche Gedanke zugrunde liegt, den Geschäftsherrn wegen der dinglichen Wirkung der Handlungen des Geschäftsführers strafrechtlich zu schützen (vgl. oben S. 62).

Verbraucht daher der Vormund Sachen des Mündels für sich, so begeht er eine Veruntreuung, aber keine Untreue, da er nur tatsächlich über die Sachen verfügt, nicht mit rechtlicher Wirkung nach außen hin. Bezahlt er Rechnungen des Mündels voll statt unter Abzug oder belastet er Vermögensgegenstände des Mündels mit einem fremden Rechte (Beispiel von *Binding*, Lb. S. 401), so macht er sich der Untreue schuldig, weil seine Handlungen dem Dritten gegenüber wirksam sind.

Auch die bloße Eingehung von Verbindlichkeiten (insbesondere Ausstellen von Wechseln und Eingehen von Bürgschaften) zum Nachteil des Geschäftsherrn fällt unter die Untreue, sofern der Geschäftsführer dazu berechtigt ist, da dann seine Erklärungen für den Geschäftsherrn rechtlich bindend sind (vgl. für den Vormund § 1793 BGB.; für den Testamentsvollstrecker die ausdrückliche gesetzliche Ermächtigung zur Eingehung von Verbindlichkeiten: § 2206 Absatz I Satz 1, Absatz II BGB.). Die entgegenstehende — wohl als herrschend zu bezeichnende — Ansicht trifft daher nicht zu (vgl. RGSt. 10, 72; 13, 376; Olshausen, Anm. 9 zu § 266; Freudenthal, a. a. O. S. 111; Draheim, S. 49; Allfeld, S. 486 u. a.). Siehe auch das unzutreffende Beispiel der amtlichen Begründung zum Entwurf von 1919 (unten S. 79).

Keine Untreue liegt aber — entgegen *Mayer*, S. 114 und *Koffka* (ZStW. 48, 705) — vor, wenn der Vormund im Laden des Mündels bestimmte Artikel nicht führen läßt, weil er einem „guten Freunde" keine Korkurrenz machen will. Für diesen Fall fehlt es an einem rechtlich wirksamen Handeln oder Unterlassen des Vormundes nach außen hin. Es liegen überhaupt keine Rechtsbeziehungen Dritten gegenüber vor, sondern es handelt sich lediglich um eine Pflichtverletzung dem Mündel gegenüber, also im Innenverhältnis. Das für die Untreue erforderliche Interesse an einem strafrechtlichen Schutz besteht mangels dinglicher Wirkungen nicht. Die Verfehlung des Vormundes ist vielmehr auf Grund der bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen zu ahnden (§§ 1833, 1837 BGB.).

Für die Erfüllung des Tatbestandes der Untreue durch Unterlassen gilt, daß es sich um das Unterlassen solcher Handlungen handeln muß, zu denen der Geschäftsführer berechtigt war und durch deren Unterlassen ein rechtlicher Nachteil für den Geschäftsherrn

eingetreten ist, den er gegen sich gelten lassen muß (unrichtig wegen falscher Fragestellung daher *Koffka*, ZStW. 48, 705: „Unterlassen in Vollmacht eines andern"). Hatte z. B. der Machtgeber eine Rechtsmacht dahin erteilt, daß der Geschäftsführer eine Forderung des Geschäftsherrn gegen einen Dritten einklagen sollte und durfte, so würde sich der Geschäftsführer einer Untreue schuldig machen, wenn er von seiner Rechtsmacht keinen Gebrauch macht und dadurch die Forderung verjähren läßt. Der Geschäftsherr kann solchenfalls dem Dritten nicht entgegenhalten, daß der Geschäftsführer pflichtwidrig gehandelt habe, er muß vielmehr die Unterlassung seines Geschäftsführers gegen sich gelten lassen, d. h. aber, es liegt Untreue vor (im Ergebnis zustimmend: *Oetker*, S. 290; RGSt. 11, 412; *Frank*, Anm. III a. E. zu § 266). Desgleichen würde sich der zur Einlegung eines Rechtsmittels ermächtigte Rechtsanwalt einer Untreue schuldig machen, wenn er in Benachteiligungsabsicht die Einlegung unterläßt, da damit rechtlich wirksam über die im Streit befangene Sache — Erfolg des Rechtsmittels vorausgesetzt — verfügt würde (Beispiel von *Oetker*, S. 285 unten, der mit Recht auf den Vollmachtsmißbrauch — besser allgemeiner: Rechtsmachtmißbrauch — hinweist, der in der „durch Unterlassung herbeigeführten Rechtsänderung liegt").

Die Frage, ob die Verfügung durch eine „generell dem Täter zustehende, in concreto aber rechtswidrige Handlung, nicht aber auch eine dem Täter auch generell nicht zustehende Handlung „begangen sein muß, oder mit anderen Worten, ob nur eine „im Rahmen" der Rechtsmacht vorgenommene Handlung untreuefähig sein kann, ist nach obigen Ausführungen mit *Binding* und *Leopold* dahin zu beantworten, daß die in Überschreitung der Rechtsmachtsgrenze vorgenommenen Handlungen mangels Rechtsmachtmißbrauches nicht unter die Untreue fallen können. Dasselbe gilt von Handlungen, die nach Erlöschen der Rechtsmacht vorgenommen werden, jedoch mit Ausnahme derjenigen Fälle, in denen kraft Gesetzes die Vollmacht als weiterwirkend gilt (§§ 674, 675, 729, 169, 170, 171 Absatz II, 172 Absatz II, 173 BGB.). Es handelt sich hier nicht etwa nur um Fälle des Rechtsscheines, so daß mangels einer Rechtsmacht eine Untreue ausgeschlossen wäre, sondern um eine gesetzliche Regelung der *Dauer* der Vollmacht in Ergänzung der grundsätzlichen Bestimmung des § 168 BGB. Die Grundlage für die Wirksamkeit der Handlung bildet nach wie vor die ursprüngliche Rechtsmacht. Es handelt sich hier um eine ähnliche Regelung wie die gesetzliche Bestimmung des *Umfanges* der Prokura (vgl. S. 80).

Freudenthal (S. 115 ff.) glaubt durch Anführen einiger Beispiele die Unhaltbarkeit der Lehre *Bindings* nachweisen zu können. Er meint, daß beim Verkauf „unter Limito" und bei einem nachteiligen „Vertauschen" statt auftragsgemäßen Verkaufens der Täter „weder auf Grund seiner Vollmacht, noch innerhalb seiner Zuständigkeit oder Stellung, noch als Bevollmächtigter gehandelt habe und damit nach *Binding* eine Untreue nicht angenommen werden könne".

Hiergegen wendet sich mit Recht Leopold (S. 63/64). Er bezweifelt, daß das Limito wirklich Bestandteil der Vollmacht oder nicht vielmehr nur Inhalt des „Auftrages" ist. Das dürfte um so eher anzunehmen sein, weil gerade *Freudenthal* einer derjenigen ist, die zwischen Vollmacht und Auftrag keinen Unterschied machen (vgl. oben S. 61) und er wohl nur das Auftragsverhältnis im Auge hatte.

Zu dem Falle des Vertauschens statt des „auftrags"gemäßen Verkaufens meint Leopold (S. 63/64), daß die Ansicht *Freudenthals* hier zutreffe, daß aber in einem solchen Falle andere Bestimmungen eingriffen, insbesondere werde man hier Unterschlagung annehmen können.

Man kann jedoch auch im zweiten Falle Untreue annehmen, wenn man nur das Rechtsgeschäft, durch das die Rechtsmacht übertragen wird (abstraktes Rechtsgeschäft), sinngemäß auslegt. Hier ging die erteilte Rechtsmacht nach ihrem wirtschaftlichen Zweck auf Veräußerung, d. h. auf Übertragung der Sache auf den Dritten. Es ist also hier wie auch im ersten Falle und überhaupt in allen Regelfällen die Bindung des Geschäftsführers nur Bestandteil des Grundgeschäfts, nicht eine Einschränkung der Rechtsmacht. Die Beispiele *Freudenthals* sind somit nicht geeignet, die Theorie *Bindings* zu erschüttern.

b) Liegt in der Aneignung der nach Zivilrecht in das Eigentum des mittelbaren Stellvertreters oder Treuhänders übergegangenen Vermögensstückes eine nachteilige Verfügung über die Forderung des Vertretenen oder Treugebers auf Herausgabe dieser Vermögensstücke?

Es ist nunmehr zu dem Ausgangspunkt unserer Untersuchung zurückzugreifen, ob die Forderung des Machtgebers auf Herausgabe des Erlangten (§§ 667 BGB., 384 HGB.) als ein geeignetes Handlungsobjekt der Bevollmächtigtenuntreue angesehen werden kann.

Nach dem reinen Wortlaut des § 266 Ziffer 2 StGB. sind *alle* Forderungen des Auftraggebers untreuefähige Handlungsobjekte. Die Frage, ob dieser Wortsinn dem Wesen der Untreue entspricht, muß zunächst darauf abgestellt werden, ob auch Forderungen des Auftraggebers gegen den *Bevollmächtigten selbst* darunter fallen, und erst dann dahin, ob nicht vielleicht die *Herausgabeforderung* des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten dazuzurechnen ist.

Die erste Frage ist, soweit sie überhaupt in der Rechtsprechung und Rechtslehre behandelt worden ist, verneint worden.

Das Preußische Obertribunal hat sich in der Entscheidung vom 11. Juli 1879 (Oppenhoff 20, 331) dahin ausgesprochen, daß Forderungen gegen den Bevollmächtigten nicht unter die Bevollmächtigtenuntreue fallen. In dem zu entscheidenden Falle hatte der Bevollmächtigte, der selbst Schuldner des Auftraggebers war, zur Ausgleichung seiner Schuld einen Ausgabeposten fingiert. Das Obertribunal führt dazu aus, daß das Gesetz gerade den Treubruch ahnden wolle, welcher darin liege, daß der Bevollmächtigte die ihm eingeräumte rechtliche Möglichkeit, Rechte und Sachen des Machtgebers einem Dritten zu übertragen, absichtlich mißbrauche. Diese Möglichkeit der Übertragung auf Dritte fehle jedoch bei den eigenen Schulden des Bevollmächtigten. Der Schuldner könne nicht zugleich Gläubiger sein und als solcher über Forderungen verfügen. Weil der Mandatar die Persönlichkeit des Mandanten repräsentiere, so habe das Gesetz ausgeschlossen, daß er neben seiner Person als Schuldner kraft Vollmacht auch diejenige des Gläubigers vertreten dürfe.

Dieser Auffassung haben sich *Kronecker* (GOLTA. 34, 409) und *Ammon* (S. 78) angeschlossen.

Freudenthal (S. 111) stellt sich ohne weitere Begründung ebenfalls auf den Standpunkt, daß Forderungen im Sinne der Ziffer 2 nur die

sind, welche der Auftraggeber gegen Dritte, nicht aber auch gegen den Bevollmächtigten habe.

Krause (S. 13) entscheidet wie das Obertribunal, indem er darauf hinweist, daß es nach § 181 BGB. dem Bevollmächtigten nicht möglich sei, rechtswirksam über seine eigenen Schulden an den Auftraggeber zu verfügen.

Diesen Ansichten ist beizutreten. Eine Verfügung über die Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten ist schon deshalb nicht möglich, weil die Forderung außerhalb jeden Zusammenhanges mit dem Grundgeschäft steht. Wie aber oben (S. 59) ausgeführt ist, kommt es bei der Untreue gerade darauf an, daß die Rechtsmacht zur Durchführung des Grundgeschäftes übertragen sein muß, die rechtliche Machtstellung also mit dem Grundgeschäft in unmittelbarem Zusammenhang stehen muß. Handelt es sich jedoch um eine Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten, die nicht in dem Grundgeschäft wurzelt, sondern in einem daneben bestehenden anderen Verhältnis, so fehlt es von vorn herein an dieser Konnexität.

Was die Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten auf Herausgabe des Erlangten betrifft, so liegen hier die Verhältnisse etwas anders. Hier handelt es sich nicht um irgendeine beliebige Forderung des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten, sondern gerade um eine solche, die ihren Ursprung in dem Grundgeschäft hat, dessentwegen die Rechtsmacht erteilt wurde.

Soweit diese Forderung auf ihre Fähigkeit als Handlungsobjekt der Bevollmächtigtenuntreue hin untersucht worden ist, hat sie verschiedene Beurteilungen erhalten.

Das Reichsgericht hat zunächst in der Entscheidung RGSt. 20, 358, 364 die Frage geprüft, ob in dem vergleichsweisen Verzicht des Kommissionärs gegenüber dem Dritten auf die Forderung gegen den Dritten etwa ein Verfügen über das Recht des Kommittenten auf Abtretung der Forderung (§ 384 HGB.) erblickt werden könnte, da diese Forderung vereitelt würde. Das Reichsgericht hat diese Frage verneint, weil „die Unmöglichkeit ihrer Geltendmachung lediglich *als mittelbare Folge* des Verzichts und des durch diesen herbeigeführten Wegfalls des Gegenstandes ihrer Ausübung" eintritt.

In der bedeutsamen Entscheidung RGSt. 62, 58 — wörtlich übernommen in RGSt. 63, 406 — hat das Reichsgericht — vermutlich durch die Ausführungen *Mayers* dazu angeregt — diese Bedenken überwunden.

Jetzt erblickt das Reichsgericht in dem Verbrauch des Erlöses durch den Geschäftsführer eine strafbare Untreue. Es heißt in diesen Entscheidungen, daß der Machtgeber „nicht bloß eine rechnungsmäßig zu bestimmende Geldforderung, sondern nach den §§ 667, 675 BGB. den Anspruch auf Ausantwortung eben *dieses* Geldes" gehabt habe. Dadurch, daß es der Angeklagte für sich behalten habe, habe er diesen, sich aus dem Gesichtspunkt der sogenannten Fiducia ergebenden, „Individualanspruch" des Machtgebers vereitelt. *Auch dieser Individualanspruch sei ein Vermögensstück, an dem Untreue begangen werden könnte.*

Bedenken äußert das Reichsgericht nur nach der Richtung hin, ob ein „Verfügen" des Schuldners über die Forderung des Gläubigers an ihn denkbar sei. Es sei jedoch — so meint das Reichsgericht in RGSt. 62, 58 — zu beachten, daß im Falle des § 266 Ziffer 2 StGB.

der Täter nicht in seiner Eigenschaft als Schuldner, sondern als Bevollmächtigter des Gläubigers in Betracht komme, und daß insoweit jede Verfügung genüge, die im inneren Zusammenhang mit der tatsächlich anvertrauten Machtstellung erfolge und erst durch sie ermöglicht werde. Als Verfügen im Sinne jener Vorschrift reiche auch bei Forderungen schon eine, sei es auch bloß tatsächliche, Einwirkung aus, sofern dadurch dem Gläubiger die Verwirklichung seines Rechtes entzogen werde.

Weiter findet das Gesagte nach der Ansicht des Reichsgerichts auf bloße rechnerisch zu berechnende Geldforderungen des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten keine Anwendung, weil es insoweit an einem konkreten Gegenstand der Treupflicht fehle, und weil die bloße Nichtbezahlung einer Schuld natürlich keine Verfügung über das Forderungsverhältnis enthalte, das dadurch vielmehr erhalten bleibe. Der Anspruch auf eine Individualleistung aber, z. B. die Übereignung eines bestimmten im Auftrage des Geschäftsherrn mit dessen Gelde und für ihn gekauften Pferdes, könne rechtlich wie tatsächlich durch eine Verfügung des Bevollmächtigten geändert und vernichtet werden, und zu solcher Verfügung bestehe für letzteren eben vermöge des Auftragsverhältnisses die tatsächliche wie die rechtliche Möglichkeit.

In der Entscheidung RGSt. 64, 86 hat das Reichsgericht diesen Grundsatz allerdings so erheblich erweitert, daß von einem Individualanspruch nicht mehr gesprochen werden kann. In dem Falle, der zur Aburteilung gestanden hat, ist es dem Inkassoagenten vom Auftraggeber gestattet gewesen, die eingezogenen Beträge auf sein (des Angeklagten) Privatkonto einzuzahlen, „sofern nur auch hier der Sinn der Vereinbarung dahin geht, daß der Beauftragte über den auf sein Konto gelangten Betrag nur der Vereinbarung gemäß verfügen darf". Wesentlich sei nur — meint das Reichsgericht —, „daß der Angeklagte sein Bankguthaben niemals über den Betrag hinaus ausschöpfen durfte, der ihm die Möglichkeit ließ, den auf dem Auftragsverhältnis beruhenden Individualanspruch der Firma auf Weiterüberweisung der ihr zustehenden Beträge jederzeit nach dem Eintritt der Verpflichtung hierzu zu erfüllen".

Hier ist schlechterdings nicht ersichtlich, daß es sich um einen Anspruch des Auftraggebers handeln soll, der sich auf „Ausantwortung eben *dieses* Geldes" richtet und nicht „bloß eine rechnungsmäßig zu bestimmende Geldforderung" (vgl. auch die Kritik *Mayers* in JW. 32, 750/751, Anm., und *Ehrlich*, ZStW. 1932, S. 197).

In der Rechtslehre haben sich vor allem *Kronecker* (GöltA. 34 S. 408 ff.) und *Mayer* (S. 289 ff.) mit dem Herausgabeanspruch des Machtgebers gegen den Bevollmächtigten befaßt.

Ersterer kommt auf Grund folgender Erwägungen zu einer Verneinung der Untreuefähigkeit dieses Anspruches.

Bei Bargeld kommen für das *Eigentum* die *Einzel*stücke, für das *Vermögen* nur die *Summe* in Betracht. Der Bevollmächtigte könne sich die einzelnen in Ausführung des Vertrages für den Machtgeber eingezogenen Geldmünzen oder Banknoten zueignen. Aber die Geld*summe* müsse er zu der im Vollmachtsvertrag festgesetzten Zeit für den Auftraggeber bereit halten. Es frage sich, ob dieser Satz auch dann gelte, wenn der Bevollmächtigte die Geldstücke oder geldwerten Papiere zwar für Rechnung des Auftraggebers, aber im eigenen Namen und formell zum Eigentum empfangen habe. Die zu

realisierenden Forderungen oder Sachen des Auftraggebers seien Vermögensstücke des Auftraggebers, der eingezogene Geldbetrag solle dies nach Auffassung des Reichsgerichts nicht sein. Hiernach hätte es den Anschein, als ob durch jene Realisierung das Vermögen des Auftraggebers um ein Stück verringert, das des Bevollmächtigten um dasselbe Stück vermehrt werden würde. Das sei unrichtig. An Stelle der Sache des Auftraggebers oder der Forderung, welche er an den Dritten habe, trete durch die seitens des Bevollmächtigten erfolgte Realisierung des Vermögensstückes des Vollmachtgebers die Forderung desselben an den Bevollmächtigten auf Zahlung des von letzterem in Empfang genommenen Geldbetrages. Der Bevollmächtigte könne aber über diese Forderung an ihn selbst nicht „verfügen". Deshalb liege hier eine Verfügung über ein Vermögensstück des Machtgebers nicht vor.

Kronecker versucht nun, diese Schwierigkeit folgendermaßen zu beheben:

Der Begriff des „Vermögensstückes" sei nicht zivilistisch, sondern wirtschaftlich zu fassen. Das Vermögensstück, über welches verfügt werde, sei hier ja nicht die Forderung, sondern die Geldsumme selbst. Die Forderung sei nur der zivilistische Ausdruck für das Verhältnis des Auftraggebers zu diesem Stück seines Vermögens. Versetze sich der Bevollmächtigte wissentlich in die *Unmöglichkeit*, die eingezogene Geldsumme zu der vertragsmäßigen Zeit bereitzuhalten und abzuliefern, so verfüge er über das *in dieser Summe* bestehende Vermögensstück des Auftraggebers.

Mayer (S. 289 ff.) gelangt auf Grund der historischen Methode zu demselben Ergebnis.

Er weist darauf hin, daß gerade die hier fraglichen Fälle, deren Bestrafung durch das Obertribunal man als unzulässige Erweiterung des Unterschlagungsbegriffes angesehen hätte, von den neuen Bestimmungen gedeckt werden sollten. Nach der Absicht des Gesetzgebers, die sich aus den Motiven ergebe, seien also unter Forderungen des § 266 Ziffer 2 StGB. gerade auch solche Forderungen zu verstehen, welche gegen den Bevollmächtigten gerichtet seien. Es sei auch sprachlich durchaus möglich, es als eine Verfügung über eine Forderung zu bezeichnen, wenn man sich durch Weggabe des geschuldetn Gegenstandes die *Erfüllung unmöglich mache* (S. 289, 283). Der Gedanke, wie er der preußischen Praxis zugrunde gelegen habe — vgl. dazu oben S. 28—29 — sei daher folgendermaßen zu formulieren:

„Der Bevollmächtigte, welcher aus dem Auftragsverhältnis eine Sache oder ein Recht an den Auftraggeber zu leisten hat und diesen Gegenstand verbraucht oder weggibt, verfügt über die Forderung im Sinne des § 266 Ziffer 2 StGB. Dieser Satz ist auch heute geltendes Recht" (S. 290).

Obwohl die Reichsgerichtstheorie vom „Individualanspruch" auf die Ausführungen *Mayers* — und somit auch *Kroneckers* — zurückgehen dürfte, verhält sich *Mayer* selbst dieser Theorie gegenüber ablehnend. So meint er in der Anmerkung zu der Entscheidung JW. 29, 2731, die oben S. 31 besprochen ist, daß es sich einfach nicht feststellen lasse, „wann eine Forderung Individualforderung sein soll. Denn da die Entscheidung sich auf Geld bezieht, und jede Geldschuld grundsätzlich eine Wertschuld und keine Stückeschuld ist, so geraten wir ... ins Uferlose". Er hält deshalb nach wie vor daran

fest, daß derjenige wegen Untreue strafbar ist, der „sich die Erfüllung der actio mandati unmöglich mache, indem er dolos das aus dem Auftrag Erlangte für sich verwendet" (*Mayer,* Anm. in JW. 32, 751).

Gleichfalls hegt *Friedmann* (a. a. O. S. 1129) „schwere Bedenken gegen die neuere Untreuerechtsprechung des Reichsgerichts". Aber auch er sieht den „grundsätzlichen Gedanken der Untreue am Herausgabeanspruch gegenüber dem Bevollmächtigten als einen Fortschritt an, vorausgesetzt, daß er nicht übermäßig ausgedehnt wird".

Oetker (S. 290) schließt sich der Auffassung *Mayers* an, daß Untreue begeht, wer sich die Erfüllung der gegen ihn gerichteten Forderung dolos unmöglich macht.

Im Ergebnis pflichtet auch *Reichel* (JW. 32, 1018) dieser Ansicht bei. Er führt aus, daß „vorsätzliche Leistungsverunmöglichung" keine Verfügung sei, „wohl aber eine Rechtshandlung, die in ihrem Effekt einer Verfügung gleichkommt — und zwar einer wirksamen —, denn die Verunmöglichung der Leistung *vernichtet* das primäre Forderungsrecht (die Schadenersatzpflicht aus § 280 BGB. ändert daran nichts)".

Zu diesen Ansichten über die Individualforderung und die Verunmöglichung der Leistung ist zu bemerken, daß sie sich wohl mit der Treubruchstheorie vereinbaren lassen, nicht jedoch mit der Rechtsmißbrauchstheorie.

Unverständlich erscheint allerdings, weshalb das Reichsgericht ständig — vgl. noch JW. 32, 1746 — den Individualanspruch unter die untreuefähigen „Vermögensstücke" einreiht, anstatt unter die „Forderungen" des § 266 Ziffer 2 StGB. An der Natur des Rechts als eine Forderung wird doch dadurch nichts geändert, daß es sich um einen Anspruch auf Leistung von *bestimmten* Sachen handelt.

Wohl unterscheidet sich die „Individualforderung in wesentlicher Hinsicht von allen anderen Forderungen des Auftraggebers gegen den Bevollmächtigten. Die Forderung auf Herausgabe des Erhaltenen und Erlangten (§ 667 BGB.) hat ihre Wurzel in dem Grundgeschäft, d. h. sie entspringt aus demselben Verhältnis wie die Rechtsmacht (vgl. oben S. 58—59). Da sie ferner an Stelle der erhaltenen Vermögensstücke des Auftraggebers tritt, so liegt es nahe, dem Beispiel *Kroneckers* zu folgen und auf dem Surrogationsgrundsatz aufzubauen. War es doch gerade diese Surrogationswirkung, die die entsprechenden Schwierigkeiten bei der Interessenvertretung im Zivilrecht zu beseitigen geeignet war (vgl. oben S. 42 Ziffer 4 ff.).

Dieser Surrogationsgedanke würde auch nicht nur bei dem Geschäftsführer des § 675 BGB. eingreifen, sondern auch — worin vor allem sein Vorzug zu erblicken wäre — bei den Treuhandverhältnissen, denn hier steht dem Treugeber ebenfalls ein Rückgabeanspruch hinsichtlich des Treugutes zu, der dem des § 667 BGB. entspricht, weil er genau so wie dieser an Stelle etwas Übertragenen tritt, nämlich des überschießenden Rechts an Treugut (Eigentum an der Treuhandsache, Gläubigerrecht an der Treuhandforderung). Von seinem Standpunkt aus hat daher *Mayer* (S. 275) folgerichtig auch beim Treuhänder Untreue angenommen, die er darin erblickt, daß dadurch über eine Forderung verfügt wird, daß der Treuhänder sich durch Weggabe des Treugutes die Erfüllung der gegen ihn selbst gerichteten Forderung auf Leistung des Treugutes entzieht.

Die Konstruktionen des Individualanspruches und der Verunmöglichung scheitern jedoch daran, daß sie mit dem Wesen der Untreue nicht in Einklang zu bringen sind.

Der Individualanspruch aus den §§ 667, 675 BGB., 384 Absatz II HGB. ist wohl zivilrechtlich Bestandteil des Vermögens des Auftraggebers. Es fehlt an der für die Untreue wesentlichen Verfügungsmacht des Geschäftsführers darüber. Wie oben (S. 69 unten bis 70) ausgeführt, muß es sich bei den Vermögensstücken „des Auftraggebers" um die handeln, hinsichtlich deren die Rechtsmacht erteilt worden ist. Die Individualforderung entspringt wohl aus dem Grundgeschäft, sie ist eine Forderung oder ein Vermögensstück des Auftraggebers, aber *nur* im zivilrechtlichen Sinne, nicht im Sinne der Bevollmächtigtenuntreue! Die Rechtsmacht, die „anvertraut" ist, erstreckt sich bei den Problemfällen nur auf die vom Geschäftsherrn unmittelbar auf den Geschäftsführer übertragenen Rechte an den Vermögensgegenständen (Vollmacht, Ermächtigung, Eigenrechte bei der Treuhand). Da die Forderung auf Herausgabe des Erlangten nicht zu diesen rechtlich anvertrauten Vermögensstücken gehört, kann sie auch nicht als Handlungsobjekt der Untreue in Frage kommen. Vereitelt oder gefährdet daher der Geschäftsführer diesen Anspruch des Geschäftsherrn, so verfügt er nicht über ein „Vermögensstück des Auftraggebers". Es kann deshalb auch dahingestellt bleiben, ob die bloße Gefährdung dieses Anspruch oder die Vernichtung des primären Forderungsrechts durch vorsätzliche Leistungsverunmöglichung sich überhaupt als ein „Verfügen" darstellt.

Es bleibt somit nur zu prüfen übrig, ob und in welcher Weise sich die Ergebnisse diser Untersuchung für die Neufassung des Untreuetatbestandes verwerten lassen. Eine gesetzliche Regelung gerade unserer Problemfälle ist dringend geboten, wobei insbesondere auch die Treuhandverhältnisse mit berücksichtigt werden müssen. Zeigt sich doch vor allem bei ihnen die große Rechtsunsicherheit. So lehnt das Reichsgericht eine *Unterschlagung* am Treugut ab, weil es im Eigentum des Täters steht (RGSt. 61, 65; vgl. oben S. 40). Andererseits hält es jedoch eine *Untreue* hinsichtlich des Treuguts für durchaus möglich (RGSt. 56, 121; vgl. oben S. 41; 61, 174 — ebenfalls oben S. 42 —; 62; 58 — oben S. 24 —). Beim Inkassoindossament, also ebenfalls einem Treuhandverhältnis (vgl. oben S. 42), nimmt *Schultze* (a. a. O. S. 57) bei Verwertung im eigenen Interesse *Unterschlagung* an, während das Bayerische Oberste Landesgericht (JW. 26, 1574) unter Hervorhebung des Innenverhältnisses wegen *Untreue* bestraft.

Alle diese Unklarheiten müssen durch eine eindeutige und alle Fälle umfassende Gesetzesbestimmung beseitigt werden. Die Schwierigkeit, einen solchen Tatbestand zu schaffen, steht nun allerdings in keiner Weise derjenigen nach, die bei der Anwendung des geltenden Rechts aufgetreten ist.

Es fragt sich, ob es möglich oder ratsam ist, die Problemfälle mit der Untreue in einem Tatbestand zusammenzufassen — eine Lösung, die *Leopold* (S. 56) für vollkommen verfehlt hält — oder in einem besonderen Absatz der eigentlichen Untreue anzugliedern oder schließlich einen auch rein äußerlich von der Untreue getrennten besonderen Tatbestand zu schaffen, der mit der Untreue nur in einem gemeinschaftlichen Abschnitt unter einer zusammenfassenden Überschrift erscheint.

Zunächst sollen die in den zahlreichen Entwürfen zu einem Deutschen Strafgesetzbuch und privatim gemachten Vorschläge zur Neufassung auf ihre Brauchbarkeit hin untersucht werden.

C. Die Behandlung des Problems in den Entwürfen zu einem Deutschen Strafgesetzbuch

Es besteht bei allen denen, die sich mit der Neufassung des Untreuetatbestandes befaßt haben, Einigkeit darüber, daß die alte kasuistische Fassung nicht mehr den Ansprüchen einer modernen Gesetzgebung entspricht und daher eine allgemeine Fassung vorzuziehen ist.

I. Der amtliche Vorentwurf von 1909 (VE.) bestimmt im 4. Buch (Verbrechen und Vergehen gegen das Vermögen) im 24. Abschnitt (Betrug und Untreue) in § 277:

„Wer absichtlich das Vermögen eines anderen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, mißbraucht, ..."

In der Begründung hierzu (S. 765) wird ausgeführt, daß die Untreue ihr besonderes Merkmal dem Betrug und der Erpressung gegenüber darin habe, daß der Täter einer ihm gerade gegenüber dem Verletzten obliegenden *Verpflichtung zur Vermögensfürsorge* zuwiderhandele. Der Täter sei hier *tatsächlich* und rechtlich in der Lage, über fremdes Vermögen verfügen zu können. Er schädige *durch seinen Treubruch* dieses Vermögen, indem er die ihm hierüber durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Machtstellung mißbrauche.

Die Anwendbarkeit dieser Fassung auf unsere Problemfälle wird ausdrücklich für ausgeschlossen erklärt (Begr. S. 766). Auch die Unterordnung unter die Unterschlagung (§ 271 VE.) wird in der Begründung zum VE. (S. 747) als „unbillig" abgelehnt.

Das wesentliche Merkmal erblickt der VE. (Begr. S. 766) in dem Mißbrauch der Machtstellung über fremdes Vermögen innerhalb des Verhältnisses, kraft dessen der Täter zu Wahrnehmung der vermögensrechtlichen Interessen des Verletzten verpflichtet war.

Der VE. schließt sich damit eng an die Theorie Freudenthals an vgl. oben S. 51). Da diese als unzutreffend erkannt worden ist, ist der VE. als unbrauchbar abzulehnen.

Das gleiche gilt von dem *Gegenentwurf von 1911* (GE.), der folgende Fassung der Untreue vorschlägt:

§ 322: „Wer in der Absicht, sich oder einem Dritten einen dem Recht zuwiderlaufenden Vermögensvorteil zu verschaffen oder einem anderen einen rechtswidrigen Nachteil zuzufügen, fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft auferlegte *Pflicht zur Wahrung der Interessen* dieses Vermögens verletzt, ..."

In der Begründung (S. 295) wird darauf hingewiesen, daß im Gegensatz zum VE., der von „Mißbrauch einer Befugnis" spreche, scharf hervorgehoben sei, daß, wie auch die Begründung des VE. anerkenne, das wesentliche der Untreue in der Verletzung einer Rechtspflicht, nicht in dem Mißbrauch eines Rechts liege.

Der *Entwurf der Strafrechtskommission von 1913* (KE.) schließt sich, von unerheblichen sprachlichen Änderungen abgesehen, an den VE. an.

Der § 367 KE. lautet:

„Wer fremdes Vermögen dadurch beschädigt, daß er die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über dieses Vermögen zu verfügen, wissentlich mißbraucht, ..."

Er ist wörtlich in den *Entwurf von 1919* (§ 377) übernommen.

In der Denkschrift von 1919 (S. 327) vertritt die Kommission den Standpunkt, daß die fraglichen Fälle der mittelbaren Stellvertretung und der Treuhand von der vorgeschlagenen Fassung gedeckt werden. Es heißt darin:

„Danach ... macht sich der Untreue schuldig, wer eine fremde Sache, die er für Rechnung des Eigentümers verkaufen soll, veräußert und den Erlös für sich behält, *auch wenn er erst nach der Veräußerung den Entschluß gefaßt hat, den Erlös für sich zu behalten.*"

Das gleiche führt die Denkschrift (a. a. O.) zu den Verwaltungstreuhandverhältnissen aus:

„Auch der begeht Untreue, dem eine Hypothek abgetreten, ein Wechsel durch Vollindossament übertragen worden ist, mit dem Auftrage, die Hypothek oder den Wechsel einzuziehen, um den Erlös an den Auftraggeber herauszugeben, wenn er pflichtwidrig die Forderung zu eigenem Nutzen verwendet oder das eingezogene Geld für sich behält. Fälle dieser Art können nach geltendem Recht überhaupt nicht, teils nur mit Schwierigkeiten der verdienten Strafahndung zugeführt werden."

Daß die beiden Entwürfe von 1913 und 1919 unsere Problemfälle mitumfassen, kann man nur dann annehmen, wenn man — unter Verkennung des wahren Wesens der Untreue — auch das *tatsächliche* Verfügen als Mißbrauch der Befugnis ansieht. Diese Ansicht vertritt auch die Denkschrift von 1919. Sie weist zunächst ganz richtig darauf hin, daß „die mißbrauchte Verfügungsmacht auf Gesetz oder Rechtsgeschäft beruhen muß und die Gesetzesvorschrift oder das Rechtsgeschäft gerade bezwecken müsse, dem Täter eine solche Macht einzuräumen, da nur dann der Grundgedanke des Untreuetatbestandes erfüllt" sei (S. 327). Diese Auffassung stimmt mit der oben (S. 58) geäußerten überein, daß die Machtübertragung eine notwendige Ergänzung des Grundgeschäfts ist.

Es trifft aber nicht zu, wenn es in der Denkschrift weiter heißt, daß es gleichgültig sei, ob der Täter sich formell im Rahmen seiner Befugnisse gehalten oder ihn überschritten habe. Als Beispiel wird der Prokurist angeführt, der zum Nachteil des Geschäftsinhabers einen Wechsel zeichnet, ganz gleich, ob sich der Geschäftsherr die Zeichnung von Wechseln vorbehalten hat oder nicht. Gerade dieses Beispiel zeigt, daß man *jede* Macht unter den Begriff der „Befugnis" bringen will, also auch die rein tatsächliche.

Obendrein paßt das Beispiel hier gar nicht, denn in Wirklichkeit hat der Prokurist *innerhalb* seiner Rechtsmacht gehandelt, da gemäß § 50 HGB. Beschränkungen des Umfanges der Prokura — wie hier die Wechselzeichnung durch den Chef — Dritten gegenüber unwirksam sind. Diese Irrtümer lassen sich nur dann erklären, wenn in erster Linie mit dem Begriff der „Verletzung einer Pflicht" gearbeitet wird, wie es auch in der Denkschrift (S. 327) geschieht. Es handelt sich bei dem Prokuristen um den typischen Fall des Miß-

brauches einer ihm zustehenden Rechtsmacht, so daß er ohne Bedenken wegen Untreue bestraft werden muß. Man könnte höchstens daran zweifeln, ob man die Macht als auf Rechtsgeschäft oder Gesetz beruhend bezeichnen kann, was jedoch für die Entscheidung ohne Bedeutung ist, da zum mindesten die Prokura selbst durch Rechtsgeschäft verliehen wird. Die zwingenden Vorschriften des Gesetzes bestimmen nur den *Inhalt* nach gewissen Richtungen hin näher.

Mangels scharfen Unterscheidens zwischen rechtlicher und tatsächlicher Macht scheidet daher auch der Vorschlag der beiden Entwürfe von 1913 und 1919 aus.

Der Entwurf von 1925 (Reichsratsvorlage, RRV.) bietet nach seinem Wortlaut keine wesentliche Verschiedenheit seinen Vorgängern gegenüber, so daß sich folgende Fassung ergeben hat:

§ 314 RRV.: „Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über das Vermögen eines andern zu verfügen, wissentlich zum Nachteile des andern mißbraucht, ...“

In der Begründung zur RRV. ist jedoch eine sehr beachtliche Veränderung eingetreten.

Die Stelle, die die Einordnung der Problemfälle unter die Untreue enthalten hat, ist gestrichen (vgl. Begr. RRV. S. 166). Die dadurch entstandene Lücke hat man damit auszufüllen versucht, daß man dem Tatbestand der Veruntreuung des § 300 RRV. (Unterschlagung anvertrauter Sachen) einen Absatz II hinzugefügt hat, so daß sich die Veruntreuung der RRV. dahin ausnimmt:

§ 300 RRV.: „Wer sich eine ihm anvertraute fremde bewegliche Sache in der Absicht zueignet, sich oder einem Dritten damit unrechtmäßig zu bereichern, ...“

„Ebenso wird bestraft, wer in gleicher Absicht anvertrautes Gut, insbesondere Geld, verbraucht oder verausgabt.“

Zu dieser wesentlichen Änderung wird in der Begründung zur RRV. (S. 156) bemerkt, daß das geltende Recht nur die rechtswidrige Zueignung *fremder* Sachen mit Strafen bedrohe und deshalb nicht selten Tatbestände straflos blieben, die strafwürdig seien. Es sei oft zweifelhaft, ob nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts z. B. der Kellner, Lohnkutscher oder Hausverwalter das Eigentum an den von dem Gaste oder Mieter gezahlten Geld erwerbe und nur verpflichtet sei, den Betrag an seinen Arbeitgeber abzuliefern, oder ob der Arbeitgeber das Eigentum an dem Gelde unmittelbar erlange. Es erscheine jedoch unrichtig, von der Beantwortung dieser Frage die Entscheidung darüber abhängig zu machen, ob es strafbar sei, oder nicht, wenn der Beauftragte das eingenommene Geld für sich verbrauche. Er mißbrauche in jedem Falle das entgegengebrachte Vertrauen. Wirtschaftlich bilde das Geld einen Bestandteil fremden Vermögens, auch wenn es nach den Grundsätzen des Sachenrechts formell vielleicht dem Täter gehöre. Der Entwurf bedrohe daher ohne Rücksicht darauf, ob es dem Täter gehöre oder nicht. Von der Untreue (§ 314 RRV.) unterscheide sich dieser Fall dadurch, daß der Verletzte dort durch eine in seinem Namen oder an seiner Statt getroffene und ihn rechtlich bindende Verfügung, hier dagegen durch eine Handlung geschädigt sei, zu der der Täter nicht bevollmächtigt sei.

Als ein Fortschritt ist es gewiß zu betrachten, daß nunmehr das Wesen der Untreue nicht mehr in jeder nachteiligen Verfügung erblickt wird, sondern nur in einer „den Verletzten rechtlich binden-

den" und daß an Stelle des früheren Wortlauts („Gleichgültig ist, ob der Täter sich formell im Rahmen seiner Befugnisse gehalten oder ihn überschritten hat") es jetzt folgerichtig heißt: „Gleichgültig ist, ob er sich im Rahmen der ihm erteilten generellen Anweisungen des Vollmachtsgebers gehalten oder ihn überschritten hat. Es genügt, daß er zu der Handlung nach außen hin bevollmächtigt war." Wird doch damit auch seitens des Gesetzgebers die scharfe Trennung zwischen dem Innenverhältnis (Interessenvertretungs*pflicht*, „Anweisung") und dem Außenverhältnis (Vertretungs*macht*, „nach außen hin") als maßgebend anerkannt.

Im übrigen ist jedoch die RRV. unbrauchbar, was auch in der Begründung zum nächsten Entwurf von 1927 zugegeben wird (S. 170 daselbst: „verwickelt und unübersichtlich").

Es ist zunächst nicht zu verkennen, daß sich der Absatz II des § 314 RRV. nach der Absicht der Gesetzgeber auf Fälle beziehen soll, in denen das „anvertraute Gut, insbesondere Geld" im Eigentum des Täters steht oder doch die Eigentumsverhältnisse nicht leicht zu klären sind. Im Gegenteil muß aus der Gegenüberstellung von § 301, der sich als Ergänzung von § 300 RRV. bezeichnet, und nur von fremden Sachen spricht, und dem § 300 Absatz II geschlossen werden, daß sich auch § 300 Absatz II nur auf fremde Sachen bezieht. Der aufklärende Satz in der amtlichen Begründung kann diesem Mangel nicht abhelfen, da die Begründung nicht Bestandteil des Gesetzes ist, das Gesetz vielmehr aus sich selbst heraus ausgelegt werden muß. Der mühevolle Versuch *Thodes* (S. 53 ff.), den Nachweis der nicht erforderlichen Fremdheit der Sachen in Absatz II des § 300 RRV. zu führen, zeigt am besten, wie unglücklich die Lösung des Problems durch die Erweiterung des Veruntreuungstatbestandes ist.

Auf den Hauptmangel macht aber *Mannheim* (a. a. O., S. 358/59) aufmerksam: Der § 300 Absatz II RRV. hilft überhaupt nur bei *Sachen*. Bei Forderungen, die „formell" dem Interessenvertreter zustehen, versagt er, so daß ein großes Gebiet strafwürdiger Fälle von der RRV. nicht erfaßt wird.

Schließlich bestehen auch Zweifel darüber, ob mit der Erweiterung der Veruntreuung durch § 300 Absatz II RRV. nur Fälle getroffen werden sollen, in denen *vertretbare* oder *verbrauchbare* Sachen „veruntreut" werden. Dies könnte man aus der besonderen Hervorhebung des Geldes und des „Verbrauchens" und „Verausgabens" schließen.

Jedenfalls erscheint die Lösung des Problems, abgesehen davon, daß sie an der falschen Stelle des Gesetzbuches erfolgt ist, als sehr unvollkommen.

Der letzte Entwurf ist der jetzt dem Reichstage zur Beratung vorliegende von 1927 (RTV.). Er regelt die Fälle der mittelbaren Stellvertretung bei der Untreue (§ 348 RTV.) unter Anfügung eines besonderen Absatzes:

> § 348 RTV.: „Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, über fremdes Vermögen zu verfügen oder einen anderen zu verpflichten, wissentlich mißbraucht und dadurch dem anderen Nachteil zufügt, ..."
>
> „Ebenso wird bestraft, wer, abgesehen von den Fällen der §§ 333, 334, Geld oder anderes Gut, das ihm anvertraut ist oder das er für einen anderen empfangen hat, zum Nachteile des Berechtigten für sich oder einen Dritten verwendet."

Die angezogenen Tatbestände betreffen die Unterschlagung (§ 333 RTV.) und die sogenannte „Unberechtigte Aneignung" (§ 334 RTV.), die dahin gefaßt sind:

§ 333 RTV.: „Wer eine fremde bewegliche Sache, die sich nicht im Gewahrsam eines anderen befindet, sich oder einem Dritten in der Absicht zueignet. sich oder den Dritten dadurch unrechtmäßig zu bereichern, ..."

§ 334 RTV.: „Wer, abgesehen von den Fällen des Diebstahls oder der Unterschlagung, eine fremde bewegliche Sache sich oder einem anderen rechtswidrig zueignet, ..."

In der Begründung zur RTV. wird zunächst bei der Unterschlagung (S. 170) ausgeführt, daß die Fälle, in denen sich jemand an eigenen Sachen vergreift, die ihm anvertraut sind, und wirtschaftlich nicht ihm, sondern einem anderen gehören, nicht bei der Unterschlagung, sondern im § 348 Absatz II RTV. im Zusammenhang mit der Untreue geregelt seien.

Der Gedanke der RRV. ist damit fallen gelassen worden.

Bei der Untreue ist dann in der Begründung (S. 180) auf die ergänzende Natur des Absatzes II des § 348 RTV. für die Fälle nicht fremder Sachen und auf die bereits in der Begründung zur RRV. erwähnten Fälle zweifelhaften Eigentums hingewiesen. Zum Schluß heißt es:

„Die in Frage kommenden Fälle unterscheiden sich von den Fällen des Absatz I hauptsächlich dadurch, daß in den Fällen des Absatz II eine Verfügungsmacht *tatsächlicher* Art, in den Fällen des Absatz I dagegen die Verfügungsbefugnis *rechtlicher* Natur mißbraucht werde. Die Voraussetzungen für die Anwendbarkeit des Absatz II lassen sich dahin abgrenzen: Einerseits muß entweder der Täter nach den Vorschriften des bürgerlichen Rechts formell selbst Eigentümer geworden sein oder es muß die Tatsache oder der Zeitpunkt des Überganges des Eigentums auf den Täter nicht mit Sicherheit feststellbar sein; andererseits muß aber zweifelsfrei feststehen, daß die Sache dem Täter nur „anvertraut" ist, also wirtschaftlich den Bestandteil fremden Vermögens bildet und dem freien Verfügungsrecht des Täters entzogen ist. Der Tatbestand der Unterschlagung (§ 333 RTV.) oder der der unberechtigten Aneignung (§ 334) wäre hier deshalb nicht gegeben, weil das Erfordernis der Fremdheit der Sache fehlt. Für den Tatbestand der Untreue nach § 348 Absatz I würde darüber hinaus noch das Erfordernis der Verfügungsbefugnis des Täters fehlen. Der Ausdruck „Gut" wurde gewählt, weil die Vorschrift nicht auf bewegliche körperliche Sachen beschränkt bleiben soll."

So sehr es zu begrüßen ist, daß auch die RTV. an dem Mißbrauch der *rechtlichen* Verfügungsbefugnis als dem wesentlichen Merkmal der Untreue festgehalten hat, so hat doch auch die Fassung des § 348 RTV. erhebliche Mängel, die eine Befürwortung nicht für angezeigt erscheinen lassen.

Gesetzestechnisch ist es nach Möglichkeit zu vermeiden, auf andere Tatbestände Bezug zu nehmen. Das gilt vor allem da, wo der in Bezug genommene Tatbestand — hier der § 334 RTV. — selbst wiederum eine Verweisung auf einen dritten Tatbestand enthält — hier § 333 RTV. —. Der § 348 RTV. ist daher schon wegen seiner Form abzulehnen.

Ferner entstehen auch bei der RTV. die Zweifel, ob sich das „Gut" nur auf vertretbare Sachen beziehen soll. Der Umstand, daß — sogar im Gegensatz zur RRV. — das Geld an erster Stelle genannt wird, könnte zu der Annahme verleiten, daß nur vertretbare Sachen Handlungsobjekt sein sollen. Die Auslegung der Bestimmung durch die Begründung kann diese Bedenken nicht zerstreuen, da ihr keine Gesetzeskraft zukommt. Es ist auch nicht einzusehen, weshalb Geld eine größere Rolle spielen sollte. Die eigenmächtige Verfügung über andere empfangene oder anvertraute Werte hat keineswegs geringere praktische Bedeutung.

Vollkommen verfehlt erscheint auch die Regelung der Fälle, in denen die Feststellung der Eigentumsverhältnisse auf Schwierigkeiten stößt. Zunächst ist aus dem Wortlaut des § 348 Absatz II RTV. selbst keineswegs ersichtlich, daß er sich auf solche Fälle beziehen soll. Es würden sich also die gleichen Zweifel wie bei der Auslegung des § 9 DepG. ergeben (vgl. oben S. 12 ff.), bei dem die Eigentumsverhältnisse ebenfalls höchst umstritten sind — trotz Zuhilfenahme der Begründung. Abgesehen davon aber liegt gar kein Grund vor, die Frage in dieser Weise zu lösen. Ist der Täter im Zeitpunkt der Tat Eigentümer der Sache, so ist er nach der Sondervorschrift des Absatzes II des § 348 RTV. zu bestrafen. Ist er nicht Eigentümer, so ist die Sache für ihn eine fremde, und die Bestrafung erfolgt nach der allgemeinen Bestimmung des Absatzes I des § 348 RTV. Es geht nicht an, den Strafrichter in der von der Begründung vorgeschlagenen Art von der Lösung zivilrechtlicher Fragen zu befreien, zumal auch darüber, ob überhaupt ein solcher Zweifelsfall vorliegt, Bedenken bestehen können. Das zeigt schon die Begründung selbst. Die dort angeführten Beispiele (Kellner, Lohnkutscher, Hausverwalter) betreffen Fälle der *offenen* Stellvertretung, bei denen die Eigentumsfrage wegen der Bestimmung des § 164 BGB. zumeist gar nicht zweifelhaft sein kann.

Trotz dieser Mängel des letzten Entwurfes ist es erfreulich, daß nun auch von gesetzgeberischer Seite her der Versuch gemacht worden ist, die Vorherrschaft der Treubruchstheorie des Reichsgerichts zu brechen und die Untreue als das zu bezeichnen, was sie in Wirklichkeit ist: Mißbrauch einer Rechtsmachtstellung.

II. Was die Rechtslehre anlangt, so fehlt es hier ebenfalls nicht an zahlreichen Verbesserungsvorschlägen (vgl. die Zusammenstellung bei *Pfeiffer*, a. a. O., Anhang). Nur zum Teil ist jedoch eine ausdrückliche Regelung der Problemfälle versucht worden.

Die Neufassungen Bindings und Freudenthals lauten ihren Theorien entsprechend:

Binding (Lb. S. 398) meint, daß sich der Tatbestand der Untreue in voller Allgemeinheit dahin fassen lasse, daß „alle, welche durch Gesetz oder Rechtsgeschäft berufen werden, über fremde Vermögensstücke zu verfügen, sich der Untreue schuldig machen, falls sie durch ihre Verfügung vorsätzlich die Inhaber jener Rechte schädigen".

Freudenthal (S. 148) schlägt folgende Fassung vor:

„Wer unter Verletzung der Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensangelegenheiten das Vermögen eines andern beschädigt ..."

Der Freudenthalschen Fassung schließt sich in engster Weise der Entwurf eines Schweizerischen Allgemeinen Strafgesetzbuchs von 1919 an:

„Wer jemand am Vermögen schädigt, für das er zufolge einer gesetzlichen oder vertraglich übernommenen Pflicht sorgen soll ..."

An die Fassung Freudenthals klingt ebenfalls der Vorschlag *Herrmanns* (S. 46) an:

„Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft oder auf andere Weise übertragene Stellung, mit der die Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen verbunden ist, wissentlich dazu mißbraucht, die fremden Vermögensinteressen zu schädigen ..."

Eine besondere Lösung für die Problemfälle hält er nicht für notwendig, da nach seiner Ansicht die „Befugnis" sowohl die rechtliche als auch die tatsächliche Seite umfaßt (S. 41).

Den Entwurf von 1919 befürwortet *König* (S. 77).

In Anlehnung an die RRV. schlägt *Hirschfeld* (S. 101) nachstehende Formulierung vor:

„Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Befugnis, einen anderen in Vermögensangelegenheiten zu vertreten, mißbraucht ..."

Diese Fassung erscheint von allen die kürzeste und treffendste. Auf sie soll noch eingegangen werden.

Was die Regelung der Problemfälle anlangt, so schlägt *Koffka* (a. a. O. S. 403) ganz allgemein vor, sie unter den Begriff der Untreue zu subsumieren.

Appelius (Dr. H. A.) macht in Golt A. 36, 369 den Versuch, das Problem durch eine Ergänzung des § 266 Ziffer 2 zu lösen:

„Bevollmächtigte, welche über Forderungen oder andere Vermögensstücke ihres Auftraggebers absichtlich zum Nachteil desselben verfügen *oder absichtlich zum Nachteil desselben handeln.*"

Wenn auch dieser Vorschlag deswegen entfällt, weil die alte kasuistische Fassung nicht mehr in Betracht kommt, so ist doch die Formulierung deshalb beachtenswert, weil sie die den Gesetzestext der Ziffer 1 des § 266 StGB. und des § 95 BörsG. (oben S. 16) zur Lösung unseres Problems verwendet. Unverständlich ist nur, daß es nicht einfach dahin zusammengefaßt ist: „Bevollmächtigte, welche absichtlich zum Nachteil ihres Auftraggebers handeln", denn die Verfügung wäre dann schon im Handeln mit inbegriffen.

Folgerichtiger erscheint deshalb die von *Draheim* (S. 72) geschaffene Ziffer 2 des § 266 StGB.:

„Bevollmächtigte, die durch Mißbrauch der ihnen vom Auftraggeber eingeräumten Verfügungsgewalt diesen absichtlich benachteiligen."

Die erste selbständige Regelung der Problemfälle hat *Leopold* (S. 63) unternommen. Er behandelt sie in einem besonderen Absatz des Untreueparagraphen, so daß sich die Bestimmung folgendermaßen darstellt:

„Wer unter Mißbrauch einer ihm zustehenden Vertretungsmacht das Vermögen eines anderen beschädigt ..."

„Wer die als Treuhänder oder infolge eines Vertretungsverhältnisses empfangenen Eigenrechte zum Nachteile des Geschäftsherrn oder des von diesem bedachten Dritten mißbraucht, wird wie im Falle der Untreue bestraft." (Leopold, S. 57.)

Die besondere Stellung im Gesetz begründet er — ebenso wie es in der RTV. geschehen ist — damit, daß die Machtstellung des Täters hierbei nicht notwendig *juristischer*, sondern überwiegend *tatsäch-*

licher Natur sei, da sie eben unbeschränkt sei, wie das Eigentum, in dessen Form sie auftrete. Solle hier strafrechtlicher Schutz geschaffen werden, so müsse er sich auch gegen tatsächliche Verfügungen des Fiduziars und Kommissionärs richten (S. 56). Das praktische Bedürfnis und der Inhalt der Verfügungsmacht entspreche sich naturgemäß: bei der Untreue nur juristische Verfügungsgewalt und Schutz gegen rechtliche Handlungen, in fiduziarischen und gleichgearteten Verhältnissen eine Verfügungsgewalt unbeschränkten Inhalts und Schutz auch gegen tatsächliche Verfügungen.

Gegen den Vorschlag *Leopolds* wendet sich Thode (S. 77) mit der Begründung, daß darin das depositum irregulare nicht berücksichtigt sei.

Der Vorwurf ist jedoch nicht berechtigt. Der uneigentliche Verwahrungsvertrag (§ 700 Absatz I, Satz 1 BGB.) unterliegt den Vorschriften des Darlehns, zum Teil denen des Verwahrungsvertrages (§ 700 Absatz I, Satz 3 BGB.). Beide Rechtsgeschäfte haben aber keinerlei verwandtschaftliche Beziehungen zu den strafrechtlich zu regelnden Fällen der Interessenvertretung. Wollte man das depositum irregulare unter Strafe bringen, so ist nicht einzusehen, warum dann nicht auch das Darlehn selbst mit einzubeziehen ist. Diese abwegige Anschauung *Thodes* erklärt sich nur daraus, daß er zu großes Gewicht auf das „Anvertrauen" von Sachen legt. Geht dies doch auch aus seinem eigenen Vorschlag hervor:

„Wer anvertraute Werte zu seinen oder eines anderen Gunsten verwendet und daher seine Verpflichtung dem Anvertrauenden gegenüber nicht rechtzeitig erfüllen kann ..." (*Thode*, S. 76).

Die Folge davon ist, daß die zu regelnden Fälle der mittelbaren Stellvertretung, soweit sie sich auf das Erlangte (Erlös, Erworbenes) beziehen, überhaupt nicht getroffen werden, denn dieses ist dem Täter nicht vom Auftraggeber „anvertraut", es sei denn, daß man das „Anvertrauen" auf das Surrogat der übertragenen Vermögensgegenstände ausdehnt, was jedoch aus der Fassung nicht ersichtlich sein würde. Hat doch auch die RTV. (§ 348 Absatz II) den Zusatz „oder das er für einen anderen *empfangen* hat" für nötig befunden.

Jedenfalls ist es ein grundsätzlicher Irrtum, wenn man die Fälle des depositum irregulare bei den untreueähnlichen Fällen mitregeln will. Es handelt sich dabei nicht um die Ausnutzung einer rechtlichen Machtstellung, sondern lediglich um die Verletzung schuldrechtlicher Verpflichtungen. Ob der Fall bei der Veruntreuung zu behandeln ist, braucht hier nicht untersucht zu werden. Keinesfalls darf jedoch der Umstand, daß dort eine Regelung mangels Fremdheit der Sache nicht möglich ist, dazu führen, den Tatbestand denen der mittelbaren Stellvertretung anzugliedern und so deren Wesen vollkommen zu verfälschen.

Aus diesem gleichen Grunde ist auch der Vorwurf *Thodes* (S. 77) gegenüber *Mittermaier* nicht begründet. Letzterer hält nachstehende Lösung für die beste:

„Wer (absichtlich?, besser: vorsätzlich) einer ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft auferlegten Pflicht, über Gegenstände im Interesse eines anderen in bestimmter Weise zu verfügen, derart zuwiderhandelt, daß daraus dem anderen ein Vermögensschaden entsteht" ... (*Mittermaier*, a. a. O. S. 355).

Diese Bestimmung soll nach *Mittermaiers* Ansicht (a. a. O. S. 354/55) nicht in den allgemeinen Untreuetatbestand aufgenommen werden, sondern als weiterer Tatbestand angehängt werden. In ihr tritt jedoch wieder das Moment der *Pflicht*verletzung zu stark hervor, auf das es auch in den untreueähnlichen Fällen nicht in erster Linie ankommt.

Auf die Pflichtverletzung allein stellt auch der Vorschlag *Pfeiffers* (a. a. O.) ab:

„Wer als Träger einer Rechtsmacht, einer eigennützigen oder fremdnützigen Treumacht, als Gegenvormund und Mutterbeistand seine Pflicht verletzt und hierdurch den Berechtigten schädigt ...“; oder: „Wegen Untreue wird bestraft, wer die ihm als

1. Träger einer Rechts- oder Treumacht,
2. Gegenvormund oder Mutterbeistand

obliegenden Pflichten zum Nachteil des Berechtigten verletzt.“

Diese Lösung folgt aus seiner Anschauung vom Wesen der Untreue, die nach ihrem „geschichtlichen Werden“ die „durch Verletzung der Geschäftsführungspflicht begangenen Vermögensschädigung“ darstellt. An diesem Geschäftsführungsgedanken, so meint er, sei auch für das kommende Strafrecht festzuhalten. Dieser „gewährt gleichermaßen Schutz gegen die Verletzungen des Innen- wie des Außenverhältnisses, begreift tatsächliche wie Rechtshandlungen in sich ein, erfaßt das Handeln innerhalb der Rechtsmacht wie deren Überschreitung und bezieht Rechtsmachtträger wie Treumachtträger in gleicher Weise unter die tauglichen Deliktssubjekte ein“ (*Pfeiffer*, S. 71).

Aus dieser Aufzählung ergibt sich, daß seine Auffassung vom Wesen der Untreue der der Treubruchstheoretiker nahekommt und mit der hier vertretenen nicht vereinbar ist. Der Vorschlag ist daher als dem Wesen der Untreue widersprechend abzulehnen.

Friedmann (a. a. O., S. 1130) weist zunächst darauf hin, daß der § 348 Absatz II RTV. nach seinem Wortlaut auch den Fiduziar umfasse, der Treugut, dessen Eigentümer oder Inhaber er formell sei, veruntreue. Er schlägt jedoch eine Neufassung vor, die dem von ihm entwickelten Begriff des Treuhänders entspricht (a. a. O., S. 1132). Da dieser mit dem oben S. 20 ff., insbesondere 22, wiedergegebenen nicht übereinstimmt, kommt somit auch diese Lösung nicht in Betracht.

Damit sind im Wesentlichen die Vorschläge zur Neufassung erschöpft. Einige wenige brauchen hier nicht besonders behandelt zu werden, da sie nichts Neues bieten. Es gilt nun, aus der Fülle der Gedanken eine brauchbare Lösung unseres Problems zu finden.

D. Vorschlag zur Neufassung des Untreuetatbestandes unter Berücksichtigung der Fälle der mittelbaren Stellvertretung und der Treuhand

Es ist in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht daran festzuhalten, daß der Untreuetatbestand nicht in der alten kasuistischen Form, sondern in der allgemeinen zu regeln ist, in der sämtliche Fälle der vertraglichen oder gesetzlichen Geschäftsführung (Interessenvertretung) enthalten sind, wie es ja auch in allen Entwürfen und Einzelvorschlägen geschehen ist.

Die erste Zweifelsfrage ist die, ob eine so allgemeine Fassung angebracht erscheint, daß auch gleichzeitig die Interessenvertretungsfälle der mittelbaren Stellvertretung und der Treuhand mit erfaßt werden.

In dieser Hinsicht muß eine Formulierung näher ins Auge gefaßt werden, die bereits Gesetz ist und Fälle der Untreue betrifft. Es sind diese die Bestimmungen des § 95 BörsG. und der §§ 266 Ziffer 1 und 3, 92 Ziffer 3 StGB.

Die oben (S. 16/17) behandelte Kommissionsuntreue (§ 95 BörsG.) würde bei Erweiterung der Subjekte alle Fälle der Untreue und — was das hier Ausschlaggebende ist — auch der mittelbaren Stellvertretung und Treuhand umfassen, denn das Verfügen über die erlangten Eigenrechte würde darunter fallen, da es noch zum nachteiligen Handeln „bei der Ausführung des Auftrags oder bei der Abwicklung des Geschäfts" gehört. Der Vorteil dieser Fassung besteht eben gerade darin, daß sie unabhängig von den Rechtsverhältnissen des Handlungsobjekts ist.

Dasselbe gilt von der Formulierung der Ziffer 3 des § 266 StGB. Auch hier wird ganz allgemein auf eine Benachteiligung „bei den übertragenen Geschäften" abgestellt.

Die allgemeinste Fassung ist die der Ziffer 1 der geltenden Untreuebestimmung. Sie spricht nur von einem Handeln „zum Nachteile" der anvertrauten Personen oder Sachen.

Zu beachten ist schließlich noch die Bestimmung des § 92 Ziffer 3 StGB.:

„Wer vorsätzlich eine ihm von Seiten des Deutschen Reiches oder von einem Bundesstaat *aufgetragenes* Staats*geschäft* mit einer anderen Regierung *zum Nachteil dessen führt, der ihm den Auftrag erteilt hat ...*"

Mit Rücksicht auf die große Ähnlichkeit mit dem Wortlaut des § 266, insbesondere Ziffer 3, StGB. ist dieser Teil des diplomatischen Landesverrates — ganz zu Unrecht — als „landesverräterische Untreue" bezeichnet worden, da er auf „öffentlichrechtlichem Gebiet dem § 266 StGB. entspricht" (*Frank*, Anm. II, 3 zu § 92 StGB.). Das Reichsgericht hat in RGSt. 1, 172, 175 angenommen, daß „der Gesetzgeber sich für die im § 266 StGB. bezeichneten Verhältnisse des Privatrechts von demselben Gesichtspunkt hat leiten lassen, wie in § 92 StGB. unter Ziffer 3 für die dort genannten Verhältnisse des öffentlichen Rechts".

Auch *Ammon* (S. 3) rechnet den § 92 Ziffer 3 StGB. zu den Untreuedelikten: Er kennzeichnet ihn als „Vertrauensbruch bei Ausführung von Staatsgeschäften", der wegen seiner wesentlichen Bedeutung als eine Art des Landesverrats behandelt wird.

Geht man nun von diesen gesetzlichen Formulierungen bei der Neufassung aus, so könnte man den neuen Tatbestand in Anlehnung an sie etwa folgendermaßen fassen:

„Wer kraft Gesetzes oder durch Rechtsgeschäft dazu bestellt ist, die Vermögensangelegenheiten eines anderen zu besorgen, wird wegen Untreue mit Gefängnis bestraft, wenn er bei diesen Geschäften wissentlich zum Nachteil des anderen handelt."

Eine solche Fassung hat unzweifelhaft den Vorzug umfassender Kürze. Sie deckt sämtliche Fälle der Untreue und auch die der fiduziarischen Verhältnisse, da sie im Gegensatz zu der Bevoll-

mächtigtenuntreue nicht ein bestimmtes Handlungsobjekt erfordert, was ja bei dieser gerade die großen Schwierigkeiten bereitete.

Auf der anderen Seite überwiegen jedoch die Nachteile dieses Vorschlages. Die verallgemeinernde Ausdehnung des Tatbestandes auf alle Fälle bringt es mit sich, daß die Fassung der wünschenswerten Bestimmtheit entbehrt, die eine Abgrenzung von anderen Tatbeständen ermöglicht und — eine Hauptaufgabe eines volkstümlichen Strafgesetzbuches — das Wesen der Straftat erkennen läßt. Insoweit läßt die zunächst brauchbar erscheinende Fassung vollkommen im Stich. Damit würden gleichzeitig die alten Streitfragen (Handeln bei Überschreiten der Rechtsmacht, bloß tatsächliches Handeln, Tateinheit mit anderen Delikten, insbesondere Unterschlagung, bloße Verpflichtungsgeschäfte als Untreuehandlungen, Untreue durch Unterlassen, Handeln nach Verlust der Rechtsmacht usw.) wieder auftauchen.

Die denkbar beste Lösung ist daher diejenige, die das Wesen der gesetzlich zu regelnden Fälle klar zum Ausdruck bringt, und zwar im Gesetz selbst, nicht in der Begründung dazu. Daraus folgt, daß die hier allein für richtig erkannte Theorie vom Mißbrauch einer Rechtsmacht im Gesetz verankert werden muß. Die Verwendung des Ausdruckes „Befugnis" ist dabei zu vermeiden, da sie, wie sich aus den amtlichen Begründungen ergibt, zu Zweifeln Anlaß gibt, insbesondere auch tatsächliche Handlungen darunter verstanden werden. Es gilt vor allem die Treubruchs- und Pflichtverletzungstheorie unhaltbar zu machen. Zeigt doch das auf der Vorseite angeführte Beispiel der landesverräterischen „Untreue" wiederum, wohin diese Theorie führt. Der diplomatische Landesverrat des § 92 Ziffer 3 StGB. gehört ebensowenig wie der Parteiverrat (Prävarikation) des § 356 StGB. zu der Untreue, da sein Wesen nicht Mißbrauch einer Rechtsmacht und Schädigung fremden Vermögens bedeutet, sondern Gefährdung der Staatssicherheit (vgl. Ziffer 2 des § 92 StGB.: „Gefährdung der Rechte des Deutschen Reiches oder eines Bundesstaates") ebenso wie der Parteiverrat nach geltendem Recht kein vermögensrechtliches, sondern beamtenähnliches Delikt darstellt. Solche Irrtümer sind nur zu vermeiden, wenn nicht auf „Vertrauensverhältnis" oder die „Pflichtverletzung" abgestellt wird, sondern auf den Rechtsmißbrauch.

Die Untreue ist gemäß obigen Ausführungen (S. 66 unten bis S. 69) der Unterschlagung insofern gegenüber zu stellen, als erstere *nur* rechtliche Handlungen betrifft und letztere *nur* tatsächliche. An dieser Scheidung ist streng festzuhalten, da nur sie eine sichere Trennung beider — so nahe verwandter und doch so grundverschiedener — Tatbestände gewährleistet.

Was die gesetzliche Regelung der Problemfälle anlangt, so würde der Verwaltungstreuhänder (im Sinne der oben S. 23 erörterten Begriffsbestimmung) noch unter die Geschäftsbesorger und somit unter die allgemeine Untreue fallen, so daß sich für ihn eine besondere Regelung erübrigt. Anders liegen jedoch die Verhältnisse bei dem mittelbaren Stellvertreter (insbesondere dem Kommissionär) und dem Sicherungstreuhänder (im Sinne der Begriffsbestimmung oben S. 23).

Eine Aufnahme dieser Subjekte in den allgemeinen Untreutatbestand ist nicht angängig (ebenso: *Leopold* (S. 56/57). Nicht zutreffend ist allerdings die Begründung *Leopolds* (vgl. oben 84/85).

Man kann nicht sagen, daß die Machtstellung des Täters nicht notwendig juristischer, sondern überwiegend tatsächlicher Natur sei. Der Täter ist deswegen souverän, weil er Eigenrechte an den Vermögensgegenständen besitzt. Seine Macht ist nach außen hin — worauf es allein ankommt — rein rechtlicher Natur. Er braucht sich nicht wie der Herr der Sache oder der Forderung zu *gebärden*, da er rechtlich Herr des Gegenstandes *ist* (vgl. auch oben S. 67 für die gewöhnlichen Untreuefälle). Es ist zwar richtig, daß dem Täter gleichzeitig eine tatsächliche Herrschaft über die erlangten Sachen — bei Rechten ist dies bereits begrifflich ausgeschlossen — zusteht. Auf diese kommt es aber für die strafrechtliche Beurteilung ebensowenig an wie im Falle der einfachen („echten") Untreue. Auch bei dieser hat ja der Geschäftsführer neben der rechtlichen Gewalt (Vollmacht, Ermächtigung, Verwaltungstreuhand) zumeist auch die tatsächliche über die Sache. Ausschlaggebend für die Strafbarkeit der Handlung ist aber nur, ob der Geschäftsherr die Sache durch rechtliches *oder* tatsächliches Handeln des Geschäftsführers verliert, ob die bloß tatsächliche oder die rechtliche Gewalt über die Sache mißbraucht wird. Wie oben (S. 68) dargelegt ist, kann sich aber ein und dieselbe Handlung nicht gleichzeitig als rechtliche *und* tatsächliche darstellen.

Die Gefahr für den Geschäftsherrn, durch den mittelbaren Stellvertreter oder Sicherungstreuhänder benachteiligt zu werden, beruht daher sowohl im Falle der echten Untreue wie in den Problemfällen in erster Linie auf der rechtlichen Macht des Täters, die sich in den Problemfällen als Eigenrechte des Täters darstellt.

Die Einordnung der Problemfälle in die Untreue scheitert aber hinsichtlich der Fälle der Sicherungstreuhand daran, daß es hier an einer Geschäftsbesorgung im Sinne der echten Untreuefälle fehlt (vgl. oben S. 60).

Was die Fälle der mittelbaren Stellvertretung anlangt, so entfällt eine Einordnung in die Untreue deshalb, weil die Rechtsmacht, die der Täter mißbraucht, nicht diejenige ist, die ihm vom Geschäftsherrn eingeräumt worden ist. Es handelt sich um zwei ganz verschiedene Berechtigungen: Während die zur Durchführung des Grundgeschäfts erteilte Rechtsmacht (§ 185 BGB.) sich auf die Veräußerung oder Belastung des Vermögensgegenstandes des Geschäftsherrn beschränkt und mit Abschluß des Ausführungsgeschäfts erlischt, ist das erlangte Eigenrecht (Eigentumsrecht an der von dem Dritten veräußerten Sache, Gläubigerrecht an der Forderung gegen den Dritten; vgl. dazu oben S. 34 ff., 36 ff., insbesondere 39 am Ende der Ziffer 2) unbeschränkt, gewährt also dem mittelbaren Stellvertreter volle Rechte, wie sich für das Eigentum aus § 903 BGB. ergibt. Weiterhin erlangt der mittelbare Stellvertreter das Eigenrecht nicht vom Geschäftsherrn, sondern von dem Dritten, der es in Erfüllung des Ausführungsgeschäfts auf den verdeckten Stellvertreter überträgt.

Dieser erhebliche Unterschied zwischen Ursprung, Inhalt und Entstehungszeitpunkt der Berechtigung des echten Untreuesubjekts einerseits und der des mittelbaren Stellvertreters andererseits ist jedoch von großer Bedeutung für die nun zu entscheidende Frage, ob und welchem Tatbestand die Problemfälle anzugliedern sind.

Da der verdeckte Stellvertreter und der Sicherungstreuhänder Träger einer *Rechts*macht ist, scheidet von vornherein die Möglich-

keit aus, die Fälle — wie es der Entwurf von 1925 (§ 300 Absatz II RRV.) für richtig gehalten hat (vgl. oben S. 80) — als Sondertatbestand der Unterschlagung zu erfassen. Die Unterschlagung und Veruntreuung stellen ihrem Wesen nach nur mißbräuchliche Ausnutzung einer *tatsächlichen* Gewalt über Sachen dar, so daß die Problemfälle nicht dahin passen. Es trifft nicht zu, daß diese den „Charakter des Aneignungsdelikts" haben, wie *Pfeiffer* (S. 70) meint.

Die Fälle sind vielmehr wegen der *rechtlichen* Machtstellung des Täters der Untreue verwandt. Diesem Tatbestand können sie aus folgenden Erwägungen heraus angegliedert werden, so daß sich ein vollständig neuer Tatbestand — die dritte und letzte Möglichkeit — erübrigt:

Der Sicherungstreuhänder ist den Subjekten der echten Untreue schon deshalb sehr nahe verwandt, weil er seine Rechtsmacht ebenso wie diese *unmittelbar* aus der Hand des Verletzten empfangen hat. Seiner Einordnung in die echten Untreuesubjekte steht ja nur entgegen, daß er kein vollkommener Interessenvertreter ist.

Beim stillen Stellvertreter spricht für die Angliederung an den Untreuetatbestand der Umstand, daß die rechtliche Macht über die erlangten Sachen auf die ursprünglich erteilte Ermächtigung, über die Gegenstände mit Wirkung für und gegen den Geschäftsherrn zu verfügen, zurückgeht. Der Geschäftsführer hat die erlangten Eigenrechte lediglich seinem Geschäftsherrn zu verdanken. Ohne die Ermächtigung nach § 185 BGB., über die fremden Sachen im eigenen Namen zu verfügen, würde der Geschäftsführer keine Eigenrechte erlangen können. In dem Augenblick, in dem der mittelbare Stellvertreter seiner Ermächtigung gemäß über die Gegenstände verfügt, tritt an die Stelle der Ermächtigung, die mit der Verfügung ihren Zweck und deshalb ihr Ende erreicht hat, das Eigenrecht des Geschäftsführers. Die beiden Berechtigungen sind nicht gleichzeitig derselben Wurzel entsprungen, wohl aber ist die letztere aus der ersten hervorgegangen. Um ein Bild zu gebrauchen: Sie sind nicht in der Seitenlinie, sondern in gerader verwandt! Man kann also sehr wohl auch hier von einer Art Surrogation sprechen: An Stelle der Ermächtigung tritt das Eigenrecht. Dieser Surrogationsgedanke, der de lege lata — insbesondere beim Individualanspruch — keine Lösung hat herbeiführen können (vgl. oben S. 42/45, 76), läßt sich somit de lege ferenda dahin verwenden, daß durch seine Heranziehung die Angliederung der strafrechtlichen Fälle der mittelbaren Stellvertretung innerlich gerechtfertigt erscheint.

Es ist daher dem Vorschlage *Leopolds* und *Mittermaiers* — wie auch dem der RTV. — zu folgen und der Tatbestand des „Mißbrauches von Eigenrechten" dem der Untreue anzuschließen.

Was die Fassung des Wortlautes anlangt, so ist bei der echten Untreue unter Berücksichtigung aller erörterten Umstände folgende Neufassung als allen Anforderungen gerecht werdend anzusehen:

> *„Wer die ihm durch Gesetz oder Rechtsgeschäft eingeräumte Macht, die Vermögensangelegenheiten eines anderen rechtlich wirksam zu besorgen, mißbraucht, wird wegen Untreue ..."*

Der Begriff des „Vermögens" ist hierbei der Anregung von *Mannheim* (a. a. O. S. 359) entsprechend durch „Vermögensangelegenheiten" (oder „Vermögensinteressen") ersetzt. Falls Bedenken wegen des Ausdruckes „mißbrauchen" bestehen sollten, so könnte

dieser am besten durch „wissentlich den Interessen des anderen zuwider gebraucht“ umschrieben werden. Der Einwand *Oetkers* (a. a. O. S. 291), daß die Verwendung des „Handelns mit Wirkung für das Vermögen eines anderen“ der hergebrachten Gesetzessprache nicht entspricht, kann nicht durchgreifen, da es lediglich darauf ankommt, ob die gewählte Fassung verständlich erscheint.

Die Formulierung der in einem besonderen Absatz II zur Untreue erscheinenden Fälle der verdeckten Stellvertretung und Sicherungstreuhand ist mit noch größeren Schwierigkeiten verbunden. Der Vorschlag der RTV. (§ 348 Absatz II) ist bereits oben (S. 81/83) als ungeeignet abgelehnt worden. Die Fassung, die *Leopold* für die beste hält (s. oben S. 84), kommt wegen des zu unbestimmten Ausdruckes „Treuhänder“, der, wie oben (S. 25) ausgeführt worden ist, verschiedene Umschreibungen erfahren hat, nicht in Betracht. Es erscheint deshalb zweckmäßig, für den Sicherungstreuhänder die gesetzliche Definition des § 223 Absatz II BGB. zu verwenden.

Nach alledem dürfte — unter Vermeidung des „Verfügens“ und unter Hervorhebung bestimmter Vermögensgegenstände als Handlungsobjekte — nachstehende Fassung am ehesten zur Behebung aller bisher aufgetretenen Schwierigkeiten geeignet sein:

> *„Ebenso wird bestraft, wer hinsichtlich solcher Vermögensgegenstände, die er für Rechnung eines anderen zu Eigenrecht erworben hat, oder die ihm zur Sicherung eines Anspruchs übertragen sind, wissentlich zum Nachteil des anderen handelt.“*

Lebenslauf.

Am 9. Januar 1903 wurde ich als dritter Sohn des Reichsbahnoberkassenvorstehers Karl Pretzsch in Gräfenhainichen (Kreis Bitterfeld) geboren. Ich besuchte in Leipzig die höhere Bürgerschule und die dortige Oberrealschule (bis zur Unterprima), in Berlin die Hindenburg-Oberrealschule, Berlin-Wilmersdorf, an der ich Ostern 1922 die Reifeprüfung bestand.

An den Universitäten Berlin und Graz studierte ich die Rechts- und Staatswissenschaften.

Meine akademischen Lehrer waren:

In Berlin die Herren Professoren und Doktoren: Bruns, P. Fraenckel, Fürstenau †, Goldschmidt, Herkner, Heymann, Kaskel †, Kipp †, Kohlrausch, Laß, Meerwarth, Paul M. Mayer, von Moeller, Nußbaum, Popitz, Seckel †, Smend, Stammler, Triepel, M. Wolff und die damaligen Herren Privatdozenten und Doktoren Bürger. Dölle, Glum, Laßar, Mannheim.

In Graz die Herren Professoren und Doktoren: Bödecker, Byloff, Dungern, Kaindl, Lukas, Pöschl, Puntschast, Rintelen, Taucher, Wittschieben.

Am 16. Juli 1926 und am 5. März 1930 bestand ich die beiden juristischen Staatsprüfungen in Preußen.

Tag des Kolloquiums: 17. Januar 1933.

Arno Pretzsch.